

شرح
فتح القدير
تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على
الطهارة : شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

- ١ . شرح العناية على اخذ بداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود البابرقي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
- ٢ . حاشية الخفوق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى بجلي وبسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المدروف
بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

الجزء الرابع

تمت في مكتبة دار المطبعة في طبعين : الباقي المطبوع في دار المطبعة
محمد محمود الحسني وشركاه - خلفه

الطبعة الأولى

١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م

حقوق الطبع محفوظة للناسخ

« مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب إيقاع الطلاق)

(الطلاق على ضربين : صريح ، وكناية . فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي) لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا

(باب إيقاع الطلاق)

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السني والبدعي وإعطاء لبعض أحكام تلك الكليات ، وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات تلك الكليات ، فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كانت طالق ومطلقة وطلاق لإعطاء أحكامها هكذا أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء حكم الكل وتصويره قبل الجزئي منزل منزلة تفصيل يعقب إجمالاً ، فظهر أن المراد باب بيان أحكام ما به الإيقاع والوقوع ، لا أنه أراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجاً (قوله فالصريح قوله أنت طالق الخ) ظاهر الحمل يفيد أن لاصريح سوى ذلك وليس بمراد ، فسيذكر منه التطبيق بالمصدر ، ولفظ الكثر : كانت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لإشعار الكاف بعدم الحصر ، وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بأنه ما اجتمع فيه ط ل ق بصيغة التفصيل لا الأفعال إلا أن يقال الوقوع بالمصدر لتأويله بطالق (قوله فكان صريحا) فإن ما غلب استعماله في معنى بحيث يقابره حقيقة أو مجازاً صريح ، فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الألفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق دون غيره ، إلا أن في قوله في تعليل عدم افتقارها إلى التية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لأن الموصوف

(باب إيقاع الطلاق)

لما فرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال (الطلاق) أي التطبيق (على ضربين : صريح ، وكناية ، فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي) لكون هذه الألفاظ صريحة ، والصريح يعقب الرجعة بالنسب وهو قوله تعالى - ويهوثن أحق بردهن - وهو يشير بتسميته بعلا إلى أن الطلاق

(باب إيقاع الطلاق)

(قال المصنف : ولا تستعمل في غيره) أقول : أي غالبا بقرونه قوله لغلبة الاستعمال فينبغي التذلل بين كلاميه -

وأنه يعقب الرجعة بالنص

بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره ، والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص ، وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفرار لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا . قلنا : المتبرع تعارفا في العرف العام في الطلاق لاستعمالهما شرعا مرادا هو بهما (قوله) وأنه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكيم : كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه إلى نية . أما الأول فقيده بما إذا لم يعرض عارض تسمية مال أو ذكر وصف على ما ساقى . وقد يقال الصريح هو المختصر عليه من ذلك فلا حاجة إلى القيد ، واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى - ويعولن أحق بردهن بعد صريح طلاقه المقاد بقوله تعالى - والمطلقات يتربصن - فلم أن الصريح يستعقبها للإجماع . على أن المراد بالبعولة في الآية المطلوق صريحا حقيقة كان أو مجازا غير متوقف على إثبات كون المطلق رجعيا بعلا حقيقة فلا حاجة إلى إثباته في ذلك . وأما قولهم سباه بعلا فلم أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ، ثم لإيراد أن حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا إلا مجازا ، وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه . ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك . بل قد يقال أيضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بمتعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط للبائع ، فإن معناه : رد المبيع عن أن يخرج عن ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال ، وذلك لأنه لم يخرج عن ملكه ، كما يقال متعلقا به بعد تأثير السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب : يعنى إلى قديم الملك الزائل فلما يحتاج إليه لإثبات بحث آخر على أن كونه في الأول حقيقة بما يمنعه الخصم ، ويدل عليه أيضا قوله تعالى - الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان - فإنه أعقبه الرجعة التي هي المراد بالإمساك وهو الأنسب بقول المصنف وأنه يعقب الرجعة بالنص ، وذلك لأن الإمساك استدانة القائم لا إعادة الزائل ، فدل على إبقاء النكاح بعد الرجعي وهو المطلوب الآخر . وأما الثاني وهو كونه لا يفتقر إلى النية فنقل فيه إجماع الفقهاء . إلا داود فإنه لا يمنع أن يراد به الطلاق من غير قيد النكاح . قلنا : هذا احتمال يعزب إخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى . وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوى أم لا ؟ يدل على ذلك ، فإن ترك الاستفصال في وقائع الأحوال كالمعوم في المقال ، ولا يخفى أن قرآن لإرادة الإيقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال وتركها حتى فهم ذلك منه ، ودلالة إطلاق قوله تعالى - الطلاق مرتان - ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد ، ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه إذا لم ينوشثا أصلا يقع لا أنه يقع وإن نوى شيئا آخر ، لما ذكر أنه إذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ذبانه لا قضاء . وكذا عن العمل في رواية كما سيذكر ، ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عاجلا بمنعاه أو النسبة إلى الغالبة كما يفيد فروع : هو أنه لوكرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوى طلاقا لاطلاق ، وفي متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم وقف وكب امرأتى طالق وكلما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لايقع عليه . ولو قال يقوم تعلمت ذكرا بالقارسية فقولوه معنى فقال رن من يسه طلاق فقلوه لم يحكم عليهم بالحرمة ، وكلما لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيئا آخر ، كلما نقل من فتاوى المنصوري . ومافي الخلاصة : لولفت المرأة زوجت نفسها من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أو لا يعلمون صحح النكاح كالطلاق ،

الرجعي لاينطل الزوجية . ورد بأنه قال - أحق بردهن - والرد إنما يستعمل فيما زال عنه ملكه . وأجيب بأن البعل

(ولا يفترق إلى النية) لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال ، وكذا إذا نوى الإبانة

وقيل لا كالبائع يقتضى عدم الخلاف في الوقوع في مسألة الذكر ، وفيها في الجنس الأول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الحازل وطلاق الرجل الذى أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع . وفي النسق قال أبوحنيفة : لا يجوز الغلط في الطلاق ، وهو ما إذا أراد أن يقول اسق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعناق يدين . وقال أبو يوسف : لا يجوز الغلط فيهما . وفي الخلاصة أيضا : قالت لزوجه اقرأ على أعدى أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم الزوج ولم ينو ، وهذا يوافق ما في المنصوري ، ويخالف مقتضى ما ذكره آتفا من مسألة التلقين بالعربية . والذي يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى ، وقوله فيمن سبق لسانه واقع : أى في القضاء ، وقد بشر إليه قوله ولو كان بالعناق يدين ، بخلاف الحازل لأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ . وسيدكر في أنت طالق إذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج إلى النية لأن المعنى لا يحتاج إلى النية : يعنى اللفظ بعد التقصد إلى اللفظ . والحاصل أنه إذا قصد السبب علما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يريده إلا إن أراد ما يحتمله ، وأما أنه إذا لم يقصده أو لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فما ينبو عنه قواعد الشرع ، وقد قال تعالى : لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم وفسر بأمرين : أن يخاف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب عالم بحكمه فالغلو لغلطه في ظن المخوف عليه ، والآخر أن يجرى على لسانه بلا قصد إلى التبين كلا والله بلى والله ، فرجع حكمه الدنيوى من الكفارة لعدم قصده إليه ، فهذا تشريع لعباده أن لا يرتبوا الأحكام على الأسباب التي لم تقصد ، وكيف ولا فرق بينه وبين التائب عند العلم الخبير من حيث أنه لا قصد له إلى اللفظ ولا حكمه وإنما لا يصدقه غير العلم وهو القاضي . وفي الحاوى معزوا إلى الجامع الأصغر أن أسدا سئل عن أراد أن يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق ، فقال في القضاء : تطلق التي ساءها ، وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما ، أما التي ساءها فلا تلم يرداها ، وأما غيرها فلا تلم لو طلقت طلقت ب مجرد النية فهذا صريح . وأما ما روى عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه (قوله وكذا إذا نوى الإبانة) أى بالصريح يقع رجعيما وتلغو نية

في اللغة اسم الزوج حقيقة وهي لا تترك إلا بدليل ، وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جارية بالخيار وله المشتري فإنه لم يثبت الملك فيها للمشتري ، ثم إذا فسخه يقال رد الجارية وإن لم يزل عنها ملك البائع (ولا يفترق إلى النية لأنه صريح فيه) والصريح مظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك ، والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفترق إلى النية . وقوله (وكذا إذا نوى الإبانة) معطوف على قوله وإنه يعقب الرجعة : يعنى إن لم ينو شيئا ، وكذا إذا نوى الإبانة لأنه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بالتقصاء

(قال المصنف : الغلبة الاستعمال) أقول : قال ابن الممام : لا يخفى عليك أن الموصوف بالبلية هنا هو ما وصفه بهم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا ، ففيه تنافع للتقابل بين الغلبة والاختصاص انتهى . يجوز أن يكون المراد فيما سبق ولا يستعمل في غيره غالبا بقرينة كلامه الثاني كما أشرنا إليه (قوله وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه) أقول : وأيضا يستعمل الرد في الوذنية والعارية ولا يزال ملك فيها (قوله وقوله وكذا إذا نوى الإبانة) معطوف على قوله وإنه يعقب الرجعة . أقول : ليكون في كلامه تسامح بحيث جهل معطوفا على قوله وإنه يعقب الرجعة مع أنه معطوف على معطوف وهو قوله إن لم ينو شيئا .

لأنه قصد تنجيز ماعلقه الشرع بانقضاء العدة فبرده عليه. ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله. ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل . وعن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخليص .

(لأنه قصد باللفظ تنجيز ماعلقه الشرع بانقضاء العدة) عند وجوده بقوله تعالى - إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف - والإجماع على ذلك (فبرده عليه) لأنه استعجل ما أخر الشرع كما رد إرث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه (قوله ولو نوى الطلاق) أي بقوله أبنت طالق (عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر) إلا أن يكون مكروها ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله (ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى) لأنه لا يحتمله لأن الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ . وعن أبي حنيفة يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخلص فكأنه قال أنت متخلصة عن العمل ، ولو صرح فقال أنت طالق من هذا العمل صدق ديانة لأقضاء على الأول لأنه يظن أنه طلق ثم وصل

العدة ، قال الله تعالى - فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان - والإمسك بالمعروف هو الرجعة ، والتسريح بالإحسان هو تركها حتى تنقضي العدة ، وتحقيقه أن الله تعالى سمي الرجعة إمسكا وإمساك إبقاء الشيء على ما كان ، فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية ، وإذا انقضت من غير رجعة بانت فصارَت البيئونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا . ولقائل أن يقول : إن سلمنا دلالة على تعليق البيئونة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البيئونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ، ولو قال لأن الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تدفع بالرجعي فلا حاجة إلى البائن كان أسلم ، وموضعه أصول الفقه . وقوله (فبرده عليه) يعني قصده وتقرير الحجة لأنه قصد تقديم ما أخر الشرع إلى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث وأصله بقرعة بني إسرائيل (ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة (لم يدين في القضاء) أي لم يصدق ، وحقيقته دبت الرجل تديننا وكلته إلى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لأنه خلاف الظاهر لأنه صرف الكلام عما هو صريح فيه إلى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفيف ، وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه في ذلك (ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله) إذ الطلاق من الإطلاق يستعمل في الإبل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا (ولو نوى به) أي بقوله طالق (الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهو) قبل أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود إلى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح . وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فإن الطلاق ليس يرفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية . وروى الحسن (عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق يستعمل في التخليص) فكان

(قوله - إن أن يكون المراد به ما لم ينو البيئونة) أقول : التقيد بعدم إرادة البيئونة يقتضي دليلا (قوله وهو قيل : أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء) بل يعود إلى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح . وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل (الخ) أقول : فبلى هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل ، ثم أقول : لكن الأول من جهة المعنى هو أن يعود إلى المرأة : أي هي غير مقيدة بالعمل لاحسا وهو ظاهر إذ هو ليس بقيد محسوس ، وأما شرعا فلأن المرأة لا يجب عليها العمل .

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفاً فلم يكن صريحاً .

لفظ العمل استدراكاً ، بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لأنه يستعمل فيه قليلاً ، وكل ما لا يدنيه القاضي إذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لا يسعها أن تدنيه لأنها كالكافض لا تعرف منه إلا الظاهر (قوله ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها) أى لفظة مطلقة غير مستعملة فيه : أى فى الطلاق بالمعنى الشرعى عرفاً بل فى الانطلاق عن التقيد الحسى فلم يكن صريحاً فيه فيتوقف على النية .

[فروع] لو قال لها يامطلقة بالتشديد أو ياطالق وقع ، ولو قال أردت الشتم لم يصدق لأن النداء استحضر بالوصف الذى تضمنه اللفظ إذا كان يمكنه إثباته بذلك اللفظ ، بخلاف قوله يا ابنى لعبدك . ولو كان لها زوج طاقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء ورواية أبى سليمان وهو حسن ، ويبنى على قياس ما فى العتق لو سهاها طالقاً ، ثم ناداها به لانطلق . وقد روى وكيع عن ابن أبى ليلى عن الحكم بن عيينة عن خزيمة بن عبد الرحمن أن امرأة قالت لزوجها سمى فسهاها الطيبة فقالت ما قلت شيئاً فقال هات ما معك به فقالت سمى خلية طالق قال : فأنت خلية طالق فجاءت إلى عمر فقالت له إن زوجى طلقنى فجاء زوجها فقص القصة فأوجع عمر رأسها وقال له خذ بيدها وأوجع رأسها ، ولو قال طلقك أمس وهو كاذب كان طلاقاً فى القضاء ولو قال فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها إلى أبيها أو أمها أو أخيها أو ولدها وأمراته بذلك الاسم والنسب فقال عتبت أخرى أجنبية لا يصدق فى القضاء ، بخلاف الإقرار لفلان بن فلان إذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لا يلزمه الإعطاء ويحلف ماله عليه هذا المال لاما هو فلان بن فلان . ولو قال هذه المرأة التى عتبت امرأتى وصدقتها فى ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق فى إبطال الطلاق عن المعروفة إلا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بالطلاق أو على إقرارها به قبل ذلك أو تصدقه المرأة المعروفة ، كذا فى الكافى للحاكم . ولو قال امرأتى فلانة بنت فلان طالق وسهاها بغير اسمها لانطلق أمراته إلا بالنية . وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال إن خرجت من البلدة قبل أن أقضيك حقت فأمرأتى فلانة طالق واسم أمراته غيره لانطلق إذا خرج قبله . ولو قال لإحدى نسائه يا زينب فأجابته زوجته غيرة فقال أنت طالق طلقت الحبيبة . ولو قال أردت زينب طلقنا هذه بالإشارة وتلك بالإقرار . هذا فى القضاء ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فإنما يقع على التخيى قصدها ذكره فى البدائع . ولو قال أنت زينب فقالت عمرة نعم فقال إذن أنت طالق لانطلق . ولو قال عليك الطلاق أو لك عتبرت النية . ولو قال قولى أنا طالق لانطلق حتى تقوها ، ولو كان له امرأتان إسمهما واحد ونكاح إحداها فاسد فقال فلانة طالق وقال عتبت التى نكاحها فاسد لا يصدق فى القضاء . وكذا لو قال إحداكما أو إحدى امرأتى طالق ، ويقع أيضاً بالتجهى كانت طالق ، وكذا لو لو قيل له طلقها فقال نعم إذا نوى صريح بقيد النية فى البدائع ، ولا يقع بأطلقك إلا إذا غلب فى الحال . ولو قالت أنت طالق فقال نعم طلقت . ولو قال له فى جواب طلقنى لانطلق وإن نوى . ولو قيل له ألست طلقها فقال بلى طلقت أو نعم لانطلق . والذى ينبغي عدم الفرق ، فإن أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما إيجاب المنى . ولو قال خللى طلاقك فقالت أخذت انحطفت فى اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ، ويقع بطلقك الله أطلقها فى النوازل مرة ثم أعادها وشرح النية وهو الحق ، وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ : تلاق ، وتلاخ ،

معناه أنت غلصت من العمل ، وهذا إذا لم يعصر بذكره ، أما إذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولاً بصدق ديانة رواية واحدة (ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفاً فلا يكون صريحاً

قال (ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي : يقع مانوى لأنه محتمل لفظه ، فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعالم

وطلاخ ، وطلاق ، وتلاك . ويقع به في القضاء ولا يصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتى تطلق معنى الطلاق وأنا لأطلق فأقول هذا ويصدق ديانة ، وكان ابن الفضل يفرق أولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ، ثم رجع إلى هذا وعليه الفتوى . ولو قال نساء أهل الدنيا أو الرى طالق وهو من أهل الرى لا تطلق امرأته إلا إن نواها ، رواه هشام عن أبي يوسف وعليه الفتوى . وعن محمد روايتان . ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الأصح . وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق . ونساء أهل القرية منهم من أحقها بالدار ، ومنهم من أحقها بالمصر . ولو قال طلاقك على لا يقع ، ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل تطلق رجعية نوى أولا ، وقيل لا يقع وإن نوى ، وقيل في قول أبي حنيفة يقع ، وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم ، وقيل بل في قول أبي يوسف يرجع في ذلك كله إلى نيته ، وقيل يقع في واجب للتعارف به ، وفي الثلاثة لا يقع وإن نوى لعدم التعارف . وفي الفتاوى الكبرى للشافعي : المختار أنه يقع في الكل لأن الطلاق لا يكون واجبا أو ثابتا بل حكمة . وحكمه لا يجب ولا يثبت إلا بعد الوقوع ، وفرق بينه وبين العاق ، وهذا يفيد أن ثبوته اقتضاء ، ويتوقف على نيته إلا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيها بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا لا ، فإنه قد يقال هذا الأمر على واجب بمعنى ينبغي أن أفعله لا أني فعلته فكانه قال ينبغي أن أطلقك ، وقد تعورف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزم معنى لأفعل كذا : يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع ، فيجب أن يجري عليهم لأنه صار بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله على الطلاق لا أفعل ، ولو قال طال بلا قاف يقع ، قيل لأنه ترخيخ وهو غلط ، إذ الترخيخ اختيارا في النداء ، وفي غيره إنما يقع اضطرابا في الشعر . ولو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث إن نوى لأنه نوى ما يحتمله لفظه ، ولو قال لم أنو لا يصدق إذا كان في حال مذاكرة الطلاق لأنه لا يحتمل الرد والإلصاق ، ومثله بالفارسية توبسه على ماهو المختار للفتوى خلافا للصفار . ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة ، فإن عني به الطلاق وقع وإلا فلا لأنه نوى ما يحتمله لفظه ، والمعنى عند عدم كونها مطلقة لأجل فلانة لأن أفعل التفضيل ليس صريحا ، وهذا بخلاف ما إذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته فقال لها ذلك فإنه يقع وإن لم ينو ، وكذا لو قال أنت أزني من فلانة لا يبعد لأنه ليس صريحا في القذف . وعن محمد فيمن قال لامرأته كوفى طالقاً أو أطلقى يقع لأن قوله كوفى ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقاً منها بل عبارة عن إثبات كونها طالقاً كقولته تعالى - كن فيكون - ليس أمراً بل كتابة عن التكوين وكيونتها طالقاً يقتضى إيقاعاً قبل فيضنص لإيقاعاً سابقاً ، وكذا قوله أطلقى ومثله قوله للأمة كوفى حرة (قوله ولا يقع به) أى بالصريح المقيد بالألفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقه طلقته لا تطلق (إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك) لا الصريح مطلقاً لأن منه المصدر وبه يقع الثلاث بالنية (وقال الشافعي : يقع مانوى) وهو قول الأئمة الثلاثة

وإذا لم يكن صريحا كان كتابة لعدم الوساطة والكتابة تحتاج إلى النية . وقوله (ولا يقع به) من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق : أى لا يقع بكل واحد من الألفاظ الثلاثة المذكورة (إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك) . وقال الشافعي : يقع مانوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق

ولهذا يصح قرآن العدد به فيكون نصبا على التمييز . ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالت فلا يحتمل العدد لأنه ضمه ، وذكر الطالق

وزفر وقول أبي حنيفة الأول ثم رجع عنه . وجه قول الجمهور أنه نوى محتمل لفظه ، فإن ذكر الطالق ذكر الطلاق لأن الوصف كالنصف جزء مفهومه المصدر وهو محتمل اتفاقا (ولهذا) أي ولأن ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير (صحيح قرآن العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز) وحاصل التمييز ليس إلا تعيين أحد محتملات اللفظ ، ويدل عليه حديث ركائه « أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : طلقت امرأتى البتة ، قال صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت إلا واحدة ، فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه » وأيضا إذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن وهو كناية في الصريح الأقوى أولى (قوله ولنا أنه نعت فرد) قيل غير مستقيم لأن الكلام ليس في المرأة الموصوفة أنها محتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان والثلاث طوالت بل في المعنى المصدرى الذى تضمنته ووحده لا تمنع احتمال العدد بجنسيتها . ونحوه التقرير أن أنت طالق إذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهى مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق ، والمتيقن أن الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام ، فلما أن يكون أثبتته اقتضاء تصحيحا لإخباره فلا يتجاوز الواحدة إذ الضرورة تدفع بها والمتنصى لا عموم له لذلك أو نقله من الإخبار إلى الإنشاء وهو بخلاف الأصل لا يصار إليه إلا بموجب نقل وهو متف لأن جملة موقعا لا يستلزم نقله لأن إثباته اقتضاء يحصل المقصود ويعترض بالقطع بتخلف لازم الإخبار ، إذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصديق والكذب فلزم تحقق النقل ، وبه يندفع ما قيل إنه إخبار من وجه إنشاء من وجه ، بل هو إنشاء من كل وجه لما قلنا . ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشارع جعله موقعا واحدة فلم أنه إنما نقله إلى إنشاء إيقاع الواحدة فجعله موقعا به ماشاء استعمال في غير المنقول إليه إلا أن ينقل أن الشارع نقله لما هو أم وليس فلا يراد به . وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم إنما يفرع عن إرادة الاستعمال القوى ونقله إلى الإنشاء يباينه لأنه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمتنضاه لغة ، على أن المصدر الذى يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذى هو وصفها ، وذلك لا يعمد أصلا بل يختلف بالكيفية وبين ما يعقبه الرجعة شرعا وما لا لاقى الكيفية وحيلت يتفق كلامهم هنا ، وفي البيع حيث جعل المصنف بعث إنشاء حيث قال لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعا فقد

لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه (ولهذا) أى لكونه محتمل لفظه (يصح قرآن العدد به ويكون نصبا على التفسير) وكل ما هو محتمل اللفظ تصح نيته (ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالت) وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لأنه ضمه والضم لا يحتمل الضد . وقوله (وذكر الطالق) جواب عن قوله فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة . وتقريره أن الطالق نعت من الثلاث وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ، وعمل النية هو الثانى لأنه فعل الرجل دون الأول لأنه وصف

(قال المصنف: ويكون نصبا على التفسير) أقول : أى نصبا على التمييز ، ونى التطويق في بحث الأمر لا نسلم أنه تفسير بل تمييز إلى ما يحتمله مطلق اللفظ ، ولهذا قالوا : إذا قرن بالصيغة ذكر العدد في الإيقاع يكون الوقوف بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لا امرأته طلقتك ثلاثا أو إحدى وقد ماتت قيل ذكر العدد لم يقع فيه انتهى (قال المصنف : ولنا أنه نعت فرد) أقول : فيه نظر لأن قوله نعت فرد لا يناسب المقام لأن الكلام في عدم صحة نية الطلقتين بالطلاق لا في عدم صحة نية المرأتين به فتأمل ، وكذا قال الزملى . والظاهر أن مراد المصنف مد باب

ذكر طلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطلق ، والعدد الذى يقرن به نعت لمصدر محذوف . مناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزىلا : أى عطاء جزىلا (وإذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا ، فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو نيتين فهى واحدة رجعية ، وإن نوى ثلاثا فثلاث) و وقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر . لأنه لو ذكر النعت وحده

جعلت للإنشاء شرعا دفعا للحاجة ، وبهذا يظهر عدم صحة إرادة الثلاث فى مطلقة و طلقك لأنه صار إنشاء فى الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة ، وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثا لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره : أى طلاقا أى تطلقا ثلاثا كما ينصب فى الفعل مصدر غيره مثل - أنبتكم من الأرض نباتا - أو يضم له فعل على الخلاف فيه ، بخلاف طلقها و طلق نفسك لأن المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصيح لإرادة منه لأنه لا ثقل فيه إلى إيقاع واحدة ، هذا ونقص بطائق طلاقا فإنه يصح لإرادة الثلاث مع أن المنتصب هو مصدر طالق . ويدفع بأن طلاقا المصدر قد يراد به التطلق كالتسليم بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ ، فصح أن يراد به الثلاث على إرادة التطلق به معمولا لفعل محذوف تقديره طالق لأنى طلقك تطلقا ثلاثا . بئى أن يرد لإرادة الثلاث بأنك الطلاق وهو صفة المرأة . والجواب أنه إذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطلق فيصح نية الثلاث . ونوقض بأنه لم لا يجوز فى طائق عند إرادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليك التطلق وجاز فى المصدر . وقد يدفع بأنه لو أريد بالمصدر الذى فى ضمن طائق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو متنت . فإن قلت : ظاهر ما ذكرت أنه لو صح أن يراد اسم المفعول صحت إرادة الثلاث . والقرص أن صريح اسم المفعول كانت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد هو به ؟ فالجواب أن الذى لا يقبله هو اسم المفعول المتقول للإنشاء على ما التزمنا الجواب به ، والذى يراد بطائق ليس للإنشاء فتأمل . ويدل على أنه لا يراد بطائق الثلاث حديث ابن عمر فى الصحيحين أنه طلق امرأته فى الحيز فلم يستفسره النبى صلى الله عليه وسلم ، ولو كان مما تصح لإرادة الثلاث منه لاستفسره . يدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد فى سنن أبى داود أنه طلق امرأته سبيعة البتة فقال صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت إلا واحدة . الحديث ، فظهر أنه لا يحصى حكم المحتمل حتى يستفسر عنه ، وثبت لنا مطلوب آخر وهو أن الكتابات عوامل بمحققاتها لا أنها يراد بها الطلاق وإلا كان غير محتمل فلم يسألته كما لم يسأل ابن عمر ، ولكونها عوامل بمحققاتها احتملت فمأله ، وإنما احتملت حقائقها : أى معنى البينة التى تفيد البتة كلا من نوعها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصح أن يراد كل من النوعين ، غير أنه إذا لم يكن له نية لبث الأخفى للتيقن (قوله ووقوع الطلاق باللفظة الثانية) بئى طائق الطلاق وبالثالثة وهى طائق طلاقا ، وما فى الكتاب لإظهار ، غير أن وقوع الثلاث بطائق طلاقا لم يكن إلا بالمصدر ، ويلغو طائق فى حق الإيقاع كما إذا ذكر معه العدد فإن الواقع هو العدد وإلا يشكل فإنه حينئذ يقع به واحدة

ضرورى تنصص به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضى الثانى تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له . وقوله (والعدد الذى يقرن به) جواب عن قوله ولهذا يصح قرآن العدد به وهو واضح . وقوله (وإذا قال أنت الطلاق) واضح .

قابلية نية الثلاث عن هذا اللفظ من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالأولوية غلظت (قال المصنف : مناه طلاقا ثلاثا) أقول : وانتصاه بفعل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لأنى طلقك ثلاثا .

يقع به الطلاق ، فإذا ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيد وكادة أولى . وأما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم ، يقال رجل عدل : أى عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق ، وعلى هذا لو قال أنت طالق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه إلى النية ويكون رجعا لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه ، وتصح نية الثلاث لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأذى مع احتمال الكل ، ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزمفر . هو يقول إن الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة . ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسا ، حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية ، أما الثنتان في حق الحرة فعدد ، واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لأن معنى التوحيد يراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالقرينة أو الجنسية والمثني بمعزل منهما

ويقع بالمصدر ثنتان وهو باطل في الحرة لما عرف ، وهذا يقوى المروى عن أبي حنيفة أنه لا يقع به إلا واحدة وإن نوى الثلاث ، ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وإن لم يذكر إلا في المنكر (قوله وأما وقوعه باللفظة الأولى) وهى الطلاق (فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم . يقال رجل عدل : أى عادل فصار كقوله أنت طالق) ويرد أنه إذا أريد به طالق يلزم أن لا تصح فيه نية الثلاث وسند كرجوابه (قوله ولا يحتاج فيه إلى النية) أى في أنت الطلاق إلى نية لأنه صريح في غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية أن التطلق بالمصدر بالكتابة لأنه لم يفلب استعماله فيه ، وقول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لأن الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر . قلنا : المراد أن المصدر حيث استعمل كان إرادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا في طالق الصريح فيثبت له حكم طالق . لا يقال : فيلزم في سائر الكتابات أنها صرائح . لأننا نمنع أنها مستعملة في الطلاق بل في معانيها الحقيقية على ما يستحق ولذا أوقفنا بها البائن . فإن قيل : فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق ؟ قلنا : لأنه كما قلنا صريح في طالق ، ويحتمل أن يراد على حذف مضاف : أى ذات طلاق ، وعلى هذا التقدير تصح إرادة الثلاث . ولما كان محتملا لتوقف على النية ، وهذا أوجه إن شاء الله تعالى مما قيل إنه وإن أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح إرادة الثلاث به لأن الإرادة باللفظ ليست إلا باعتبار معناه لآذاته التى هى هواء مضبوط ، فإذا فرض أن معناه الذى أريد به ليس إلا مالا يتصلح لإرادته منه فكيف يراد به ذلك الذى لا يصح ؟ ويمكن أن يراد به أنها عين الطلاق ادعاء وتصح معه أيضا إرادة الثلاث ، وعليه قول الحنفاء : فإنما هى إقبال وإدبار . أى الناقصة ، لأعلى أن المراد مقبلة ومدبرة كما ذكره كثير لقوات المعنى المقصود من المبالغة ، وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا تصح خلافا لزمفر والشافعى إلا أن تكون المرأة أمة لهما أن المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلث . قلنا : نية الثلاث لم تصح باعتبار أنها كثرة بل باعتبار أنها فرد من حيث أنه تمام جنس واحد ، بخلاف الثنتين في الحرة لأنه عدد محض وألفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد ، وهو بالقرينة الحقيقية أو الجنسية والمثني بمعزل عنها ، وقد ذكر الطحاوى أنه لا يقع بالمصدر المجدد عن اللام إلا واحدة ،

وقوله (فصار بمنزلة قوله أنت طالق) اعترض عليه بأن قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث . كما لم تصح في أنت طالق . وأجيب بأن نية الثلاث إنما لا تصح في طالق لأنه نعمت فرد كما تقدم ، وأما الطلاق فهو مصدر في أصله وإن وصف به فليصح فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث ، وبقي كلامه واضح .

وأما أهل فيقع به الثلاث . قال الجصاص : هذه التفرقة لا يعرف لها وجه إلا على الرواية التي رويت عن أبي حنيفة في أنت طالق طلاقاً أن تكون واحدة وإن نوى ثلاثاً لأن المصدر ذكر للتأكيد ونفى الجواز للإيقاع . أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق . وفي المعنى لابن هشام نقلاً عن بعض التواريخ أن الرشيد كتب إلى أبي يوسف : ما قول القاضي الإمام فيمن قال لامرأته :

فإن ترفق ياهند فالرفق أيمس وإن تخرق ياهند فالتخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال أبو يوسف : هذه مسألة نحوية فقهية لا أمن الغلط فيها ، فأق الكسائي فسأله ، فأجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطاً بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد ، فإن من شرطه معرفة العربية وأساليبها لأن الاجتهاد يقع في الأدلة السمعية العربية . والذي نقله أهل الثبوت من هذه المسئلة عن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا ، وأن المرسل بها الكسائي إلى محمد بن الحسن ولا دخل لأبي يوسف أصلاً ولا للرشيد ، ولما قام أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع إمامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الألفاظ . في المبسوط : ذكر ابن سماعه أن الكسائي بعث إلى محمد بن قنبر فتدفعها إلى قنبراً ثم عليه فقال : ما قول قاضي القضاة الإمام فيمن قال لامرأته :

فإن ترفق ياهند فالرفق أيمس وإن تخرق ياهند فالتخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

لما يقع عليه ؟ فكتب في جوابه ، إن قال : ثلاث مرفوعاً يقع واحدة ، وإن قال ثلاثاً منصوباً يقع ثلاث ، لأنه إذا ذكره مرفوعاً كان ابتداء حال فيبقى قوله أنت طلاق فيقع واحدة ، وإذا قال ثلاثاً منصوباً على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال أنت طالتي ثلاثاً والطلاق عزيمة ، لأن الثلاث تفسير لما وقع ، فاستحسن الكسائي جوابه . ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور : الصواب أن كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة ، أما الرفع فلأن أل في الطلاق إما لجواز الجنس نحو زيد الرجل : أي المعتد به ، وإما للعهد الذكري : أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لثلاث يلزم الإخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع ، إذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث ، فعلى المهدية يقع الثلاث ، وعلى الجهنسية واحدة ، وأما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث ، إذ المعنى حينئذ فأنت طالتي ثلاثاً ثم اعترض بينهما بالجملة ، وكونه حالاً من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لأن المعنى : والطلاق عزيمة إذا كان ثلاثاً ، فلماذا يقع مانواه هذا ما يقتضيه اللفظ ، وأما الذي أراد الشاعر فالثلاث ، لأنه قال بعده :

فبقي بها إن كنت غير رفيقة وما لأمري بعد الثلاث مقدم انتهى .
وتخرق بضم الراء مضارع خرق بكسرهما ١ والتخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ، ولا يخفى أن الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في إرادة أن الطلاق عزيمة إن كان ثلاثاً ، وأما الرفع فلا ممتنع للجنس الحقيقي كما ذكر . بئ أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذكري وهو أظهر للاختلافين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر أنه أراد كما أفاده البيت الأخير ، فجواب محمد بناء على ما هو الظاهر كما

(١) قوله (مضارع خرق بكسرهما) كذا في النسخ ، والذي في كتب أئمة أن المضارع المضمر الماضي المضمر كتيه مصححه .

(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكانه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعتان إذا كانت مدخولاً بها (وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أولى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق) لأنه أضيف إلى محله ، وذلك (مثل أن يقول أنت طالق) لأن التاء ضمير المرأة (أو) يقول (رقتك طالق أو عتقت طالق أو أسكت طالق) أو روحك أو بدنك أو جسده أو فرجك أو وجهك) لأنه يعبر بها عن جميع البدن . أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما ، قال الله تعالى - فتحرير رقبة - وقال - ففطنت أعتاقهم لها خاضعين - وقال عليه الصلاة والسلام

يجب في مثله من محل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات إلى الاحتمال (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق ، وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) تقدم أنه إذا أراد بطلاق طلاقاً أو الطلاق ثنتين لا يصح فأفاد هنا أنه لو أرادهما بالتوزيع صح . ووجهه بقوله (لأن كلا منهما صالح للإيقاع فكانه قال أنت طالق وطلاق فتقع رجعتان إذا كانت مدخولاً بها) وهذا منقول عن أبي يوسف والفقهاء أبي جعفر ، ومنه فخر الإسلام لأن طالقاً نعت وطلاقاً مصدره فلا يقع إلا واحدة ، وكذا في أنت طالق الطلاق . ويؤيد أن طلاقاً نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعدد وصحة الإرادة به إلا بإهدار لزوم صحة الإعراب في الإيقاع من العلم والجاهل ، وظهر أن الأولى في التشبيه أن يقال فصار كقوله أنت طالق طلاق لا طالق وطلاق وإن صح الآخر من جهة المعنى (قوله وإن أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع) ومثل المضاف إلى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف إلى ما يعبر به عن الجملة برقتك طالق ، ولا يخفى أن الإضافة فيهما معا إلى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورقتك الخ ، والتحقيق أن ما يعبر به عن الجملة إما بالوضع أو بالتجاوز . وقوله لأن التاء ضمير المرأة هو أحد الأقوال في أنت أنه برمته ضمير أو التاء وأن عماد أولنا والمواخح حروف تدل على خصوص المراد (قوله أو يقول رقتك طالق أو عتقت أو روحك أو بدنك أو جسده أو فرجك أو وجهك) هذه أمثلة ما يعبر به عن كل الإنسان وذكر استعمالها فيها . وأما قوله صلى الله عليه وسلم (لئن الله الفروج على السروج) فغريب جدا ، وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما أخرجه ابن عدى في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فوات الفروج أن يركبن السروج) وضعفه ، وأين لفظ ذات الفرج

وقوله (ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى) فإن لم تكن موطوعة لغا الثاني ، وإن كانت موطوعة (يصح) ويقع طلقتان رجعتان (لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع) بتقدير المبتدل في الثاني كما لو قال أنت طالق وطالق (ولو أضاف الطلاق إلى جملتها) مثل قوله أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة وذكر هذا وإن كان قد علم مما قبله تمهيدا للذكر ما بعده (أو إلى ما يعبر به عن الجملة مثل قولك رقتك طالق) قال الله تعالى - فتحرير رقبة - ولم يرد الرقبة بعينها ، وكذلك المتيقن قال الله تعالى - ففطنت أعتاقهم لها خاضعين - ولم يرد الأعتاق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح .

(قوله لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع بتقدير المبتدل في الثاني) أقول: حيث كان الأول المصنف أن يقول: فكانه قال أنت طالق أنت الطلاق. ثم أقول: فإن قيل: كيف يصح تقدير المبتدل في الثاني وهو منصوب لأنه قد لا يلتفت إلى الإعراب بخصوصه في الثاني (قال المصنف: أو إلى ما يعبر به عن الجملة) أقول: يعني إلى الجزء الذي يعبر به عن جملة الإنسان من حيث هو إنسان ، فلا يرد إليه واليهن لأن التعبير فيها

« لعن الله الفروج على المروج » ويقال فلان رأس القوم وبأوجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هندومنه النفس وهو ظاهر (وكذلك إن طلق جزءا شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك) طالق لأن الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق ، إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة (ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق) وقال زفر والشافعي يقع ، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن . لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح

من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة طلاقا للبعض على الكل (قوله رأس القوم) أي أكبرهم (وبأوجه العرب) يعني يا أوجههم . وبه يندفع ما أورد أن الاستدلال به فاسد لأن معناه أن القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا أن فلانا يعبر به عن القوم كلهم . وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب أنك في العرب بمنزلة الوجه لا أنه عبر به عن جملة العرب بألوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به ، على أن الوجه يعبر به عن الجملة إلا إذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا أيها العرب اه . ومبنى كلامه على أن التركيب استعارة بالكناية شبت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتلم بعضهم بتلم بعض ، فأثبت له الوجه . ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الأعضاء لكونه مجمع الحواس وبألوجه لظهوره وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجههم : أي أشرفهم . وقوله تعالى - كل شيء هالك إلا وجهه - وبني وجه ربك - أي ذاته الكريمة ، وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق أو لانا بنجر مادام رأسك سالما يقال مراد به الذات أيضا (قوله ومن هذا القبيل الدم) يعني في رواية تطلق ويراد به الكل ، وهي رواية كتاب الكفالة ، قال : لو قتل يده يصح ، ورواية كتاب العتق لا تصح ، فإنه قال : إذا قتل دمك حر لا يعتق . وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع (قوله وكذلك إن طلق جزءا شائعا) يعني يقع عليها كنصفها وربها وسدسها لأن الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالإجارة (قوله ولو قال يدك طالق أو رجلك) وهذا يقابل معنى الأول : أي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كقربتك فإنه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ، ومنه الأصبع والدبر لا يقع الطلاق بإضافته إليه خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد ، ولا خلاف أن بالإضافة إلى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع ، والعتاق والظهار والإبلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف ، فلو ظاهر أو آلى أو أعتق إصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم ، وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لا تصح إضافته إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف (قوله لهما) حاصله قياس مركب نتيجة الأول أنه : أي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم

ولو قال يدك طالق أو رجلك لم يقع الطلاق ، وقال زفر والشافعي : يقع ، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالإصبع . والشعر والسن والظفر . لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح ، وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح ، وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لأنه رافعه فيكون حالا محله فإذا أضيف إليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الإضافة ثم يسرى إلى الكل كما في الجزء الشائع . فإن قيل :

من حيث أنه تاجر وجاسوس فليأكل . والتفصيل في مباحث البيان في المطول قبيل الاستمارة (قال المصنف : ويقال فلان رأس القوم ويأوجه العرب) أقول : والكلام وإن كان على التشبيه إلا أنه يعلم منه جواز استمارة الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه ، إلا أنه لا يبدل هذا على جنواز إرادة الشخص نفسه من الرأس المضاف إلى صميم الخطاب كما في سيد القوم وسيدك ، والأظهر أن يستدل بقولهم :

• أمرى حسن أدام رأسك سالما • وقولهم في الدلاء يمشي رأسك ، وقوله تعالى - وبيق وجه ربك - (قوله كالإصبع والشعر والظفر) أقول : فدل هذا بكون قول المصنف وظهوره ورد الخطاب إلى المختلف

وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسرى إلى الكل كما في الجزء الشائع ، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدى ممنوع إذ الحرمه في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب . ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها ، وهذا لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينفي عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه ، بخلاف الجزء الشائع لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه فكذا يكون محلاً للطلاق :

النكاح فجعل صغرى ويضم إليها ، وما كان محلاً لحكم النكاح يكون محلاً للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق ، وبالقياص الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق كالجزء الشائع ، وهذا على قول طائفة من الشافعية ، فإنهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالإضافة إلى الجزء المعين ، فقيل يقع عليه ثم يسرى كما في العتق . قال القزالي : هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق ، وقيل يجعل الجزء معبراً به عن الكل فيقع باللفظ ، قالوا : وتظهر ثمره الخلاف فيما لو قال إن دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ، إن قلنا بالسراية لا يقع ، وإن قلنا بالمعبرة عن الكل يقع (قوله ولنا الخ) حاصله منع محليته للطلاق بمنع عليه كونه محلاً للحل لكونه محلاً للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منها من الفعل مع الغير وأمرها به معه : أي تسليمها نفسها ، وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أو لا ثم يثبت الحل تبعاً له حكماً لهذا الحكم ، والطلاق ينفي عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك ، ويرتفع الحل تبعاً لرفعه كما ثبت تبعاً لثبوته ، وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من أجزائه المحوية لأن المنع خطاب ولا يتعلق بالأجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وإن لم يكن لها يد ، وحل الاستمتاع بالأجزاء المعينة تبع في ذلك ، بخلاف الجزء الشائع إذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلاً للنكاح فكذا الطلاق ، ووقوعه بالإضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبراً به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصراً ، ولنا نقول : لو قال الزوج عنت الرأس مقتصر قال الحلواني : لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى ، أما في القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفاً مشهوراً لا يصدق ولو قال عنت باليد صاحبها كما أراد عز قائله في قوله عز قائله - ذلك بما قدمت يداك - أي قدمت وعناه صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما أخذت حتى ترد وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالإضافة إليها لأن الطلاق مبني على العرف ،

لو كان الجزء المعين محلاً لحكم النكاح لانعقد النكاح إذا أضيف إليه ثم يسرى إلى الكل . أجاب بقوله بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن السراية ممنوعة إذ الحرمه في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمنع عن السريان (وفي الطلاق الأمر على القلب) يعني الحرمه في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الأجزاء . وقوله (ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله) ظاهر ، وتوضيحه أن اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي أتباع لا محالة ، فإذا ورد عليهما دخل الأتباع كما في شراء تلك الرقية فيكون ذكر الأصل ذكراً للتعين ، وأما ذكر التبع فلا يكون ذكراً للأصل . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف ، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت ، وإنما الكلام من حيث الحقيقة . قال جهمس الأئمة الحلواني : إذا قال لها أرسلك

(قوله أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف ، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت) أقول : يمكن أن يعنى مثل ذلك في لبن : الله الفروج كما جاء مصرحاً به في بعض الروايات ، وكذا في قوله تعالى - تحرير رقية - وغيره ، وقيل تأثرت الفعل يأتي من تقدير المضاف ، ولا يخفى عليك أن التأنيث بناء على اكتسابه إليه من المضاف إليه ، والشرط موجود لأن الأخذ يستلزم إلى اليد أيضاً (قوله وإنما الكلام من حيث الحقيقة) أقول : يعني بدون الإضمار .

واختلفوا في الظهور والبطن ، والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن (وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت طالقا) تطليقة واحدة) لأن الطلاق لا يتجزأ ، وذكر بعض المالكية كذكر الكل ، وكذا الجواب في كل جزء سواه لما بينا (ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا) لأن نصف التطليقتين تطليقة ،

ولذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ، ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ، ولا مناقشة في هذا ، إنما الخلاف في أن ما يملك تبعا هل يكون محلا لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صبروته عبارة عن الكل ، فأما على مجازه في الكل لا إشكال أنه يقع إذا كان أو رجلا بعد كونه مستقبلا لغة أو لغة قوم (قوله واختلفوا في الظهور والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن كل البدن) وكذا لو قال ظهرك على أو بطنك على كظهر أمي : أي لا يكون مظاهرا ، وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة إلا عن ظهر غني « الظاهر مقصده فيه ، أما لو كان فيهما عرف في إرادة الكل بهما ينبغي أن يقع ، ولذا لا يقع بالإضافة إلى البضع ، وما في بعض النسخ : لو قال بضعك طالق يقع . قال شمس الأئمة الحلواني : تصحيف ، إنما هو بضعك أو نصفك . وفي الخلاصة : استك طالق كضربك طالق ، بخلاف الدبر ، قال شارح : عندي فيه نظر لأن الاست بمعنى الدبر وليس بذلك لأن البضع بمعنى الفرج أيضا ويقع في الفرج دون البضع بل هو متعارف أحدهما في الكل دون الآخر . والأوجه أن محل النظر كونه كضربك طالق لما ذكرنا أن المدار تعارف التعبير به عن الكل ، وكون الفرج غير به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك . وهذا لأن حقيقة الأمر أن يقال يقع بالإضافة إلى اسم جزء يعبر به عن الكل فإن نفس الجزء لا يتصور التعبير به . وهذا وقد يقال على المصنف إن كان المتعبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب أن لا يقع بالإضافة إلى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان ، فيجب أن لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه ، وأيضا ظاهر الكلام أن المضاف إلى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح إذا لم يشترط في الوقوع به النية والصرحة بغلبة الاستعمال ، ومعلوم انضاء الطلاق كذلك (قوله وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة) وكذا الجواب في كل جزء سواه كائنا أو قال جزء من ألف جزء من تطليقة . وقال فناء القياس لا يقع به لأن بعض الشيء غيره ، والمشروع الطلاق لا غيره ، ولا ينبغي أن المراد بغيره ما ليس إياه ، وإلا فالبعث عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا . والجواب أن الشرع ناظر إلى صون كلام الماقل وتصرفه ما أمكن ، ولذا اعتبر العفو عن بعض التصاص عفا عنه ، فلما لم يكن للمذكور جزء كان كذا كره كله تصحيحا كالعفو (قوله ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا) لأن نصف التطليقتين تطليقة ،

طالق وعنى التصار الطلاق على الرأس لا يبعد أن نقول بأنها لا تطلق ، ولو قال بطنك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد أن نقول بأنها تطلق ، وإذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه ، فقال بعضهم يقع الطلاق لأن الظهور والبطن في معنى الأصل إذ لا يتصور النكاح بغيرهما ، بخلاف اليد والرجل . قال المصنف (والأظهر أنه لا يصح) أي الإيقاع بكل واحد منهما لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن ، ولهذا لو قال ظهرك أو بطنك على كظهر أمي لا يكون مظاهرا (وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة) لأنه ذكر بعض المالكية لا يتجزأ وهو الطلاق ، إذ نصف التطبيق أو ثلثه غير مشروع ، وذكر بعض المالكية لا يتجزأ كذا ذكر الكل كالعفو عن بعض التصاص صيانة للكلام عن الإلغاء وتغليبا للمحرم على المبيع وإعمالا للدليل بقدر الإمكان ، لأنه إذا أقام الدليل على البعض وهو ما لا يتجزأ أوجب لإكماله وإلا لزم إبطال الدليل (وكذا الجواب في كل جزء سواه) والنصف كالربع والثلث والستس وغيرها (لما بينا) أنه لا يتجزأ (ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لأن نصف تطليقتين تطليقة) فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة ، وهذه

فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة . ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة ، قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل ، وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا

فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة) وقيل ينبغي أن لا تقع الثالثة لأن في إيقاعها شكا لأن ثلاثة أنصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا ، لأن الطلقتين إذا انتصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين ، وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفنا طلقتين ونصفنا كلا من طلقتين ، والثاني هو الموجب للأربعة الأنصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيبت في النية لا في القضاء لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لأنصاف تطليقتين (قوله ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل) وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطقي والعتابي ، وعرف منه أنه لو قال نصي تطليقة يقع واحدة (وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا) والثالث كاجمع اختصارا للمتعارفات ، فكأنه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ، ولو قيل إن المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة إذ ليس للشيء إلا نصفان فيقع ثنتان اتجه لأن نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلاثا حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير ، بخلاف نصف طلقة وثلاث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلاث لأن التكرار إذا أعيدت تكرة فالثانية غير الأولى فأوقع من كل تطليقة جزءا ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طلقة وثلاثا وربعها وقعت ثنتان للزوم كون

المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير . قال فخر الإسلام : إنما أورد : يعني محمدا هذه المسئلة لإشكال وهو أن كل عدد نصفته لا يكون إلا نصفين ، فالقول بالثلاثة في ذلك يجب أن يلغو . والجواب أنه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلاقات واستعمل في ذلك ثلاثة أنصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا أن نصف تطليقتين إذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات . ومن الناس من قال لا يقع شيء لأنه مهمل لاعمى له . ومنهم من يقول يقع واحدة لأن ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله أنت طالق . ولقائل أن يقول : هذا الكلام إما أن يكون حقيقة فيما أراد أو مجازا ، ولا سبيل إلى الأول لأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا إلى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال . والجواب أنه مجاز ، وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة والاتصال موجود لأنه من باب ذكر الجزء وإرادته الكل . وطولب بالفرق بين ما إذا قال لها أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين لم تطلقن إلا لثنتين ولم تقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة . ومن أوقع على أمراته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا . وأجيب بأن جواب هذا اللفظ غير محفوظ . وبعد التسليم فالفرق واضح بين ، فإن الأجزاء التي أوقعها هناك وهي ثلاثة أرباع موجودة في التطليقتين لأن ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة أرباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه إلى صرف الكلام عن ظاهره ، وههنا الأجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين إذ ليس للتطليقتين ثلاثة أنصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام الماقل على ما ذكرنا (ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع طلقتان) وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطقي في الأجnas والعتابي في شرح الجامع الصغير . وقال العتابي : هو الصحيح

(قوله وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول : ينبغي أن تكون المسئلة خلافية (قوله لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل الخ) أقول : فيه أنه لا يهمل كون ثلاثة أنصاف جزء الشيء إلا أن يحكي بجزئية النصف

(ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو مابين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة ، ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو مابين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقال في الأولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث) وقال زفر : الأولى لا يقع شيء ، وفي الثانية تقع واحدة ، وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له

الجزء الأخير من أخرى ، وعلى هذا لو قيل يقع ثلاث إذا قال نصف طلقة وثلاثا وسبعة أمثاما لم يبعد ، إلا أن الأصح في اتحاد المرجع وإن زادت أجزاء واحدة أن تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى واحدة نص عليه في المبسوط ، والأول هو المختار عند جماعة من المشايخ ، ولو قال لأربع نسوة له يبتكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا إذا قال يبتكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع إلا إذا نوى أن كل تطليقة يبتن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ، ولو قال يبتكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين ، وكذا ما زاد إلى ثمان ، فإن زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثا ولا يحق الوجه ، وكذا لو قال أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ بين ولفظ الإشراك سواء . بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثلاثة أشركتكن فيما أوقعت عليهما يقع عليهما تطليقتان لأنه شركهما في كل تطليقة . وفي آخر باب الطلاق من المبسوط : لو قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال أشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الأخرى ثلاث ، بخلاف ما تقدم ، لأن هناك لم يسبق وقوع شيء فيقسم الثلاث يبتن نصفين قسمة واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الأولى فلا يمكن أن يرفع شيئا مما أوقع عليها بإشراك الثانية ، وإنما يمكن أن يسوى الثانية بها بإيقاع الثلاث عليها ، ولأنه أوقع الثلاث على الأولى فكلامه في حق الثانية إشراك في كل واحدة من الثلاث فكأنه قال يبتكن ثلاث تطليقات ، وهو يوجب أن كل تطليقة بينهما ، وقد ورد استثناء فبين قال لزوجته أنت طالق ثلاثا وقال لأخرى أشركتكن فيما أوقعت عليهما ولثلاثة أشركتكن فيما أوقعت عليهما ، وبعد أن كتبنا ثلاث ثلاثا قلنا : إن وقوعهن على الثالثة باعتبار أنه أشركهما في ست ، وفي المبسوط أيضا : لو قال لامرأتين أنتما طالق ثلاثا ينوي أن الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه فطلق كل منهما ثنتين لأنه من احتمالات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فطلق كل ثلاثا ، وكذا لو قال لأربع أنتن طالق ثلاثا ينوي أن الثلاث يبتن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلاثا (قوله أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو مابين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة ، ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو مابين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان) وهذا التفصيل عند أبي حنيفة ، وقالوا : في الأولى وهي قوله من واحدة إلى ثنتين وما بين واحدة إلى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة إلى ثلاث وما بين واحدة إلى ثلاث يقع ثلاث . وقال زفر في الأولى : لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة

لأن ثلاثة أنصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة . وقال بعض المشايخ : يقع ثلاثة لأن كل نصف يكون طلقة واحدة لأن الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلاثة أنصاف تطليقة ثلاث طلقات لا جملة . قال (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين) إذا طلقها مشتملا كلامه على الغائبتين ، فلما أن تدخل الغائبتين وهو قولهما أو لا تدخلها وهو قول زفر أو لا يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبي حنيفة ، والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد . وجه قول زفر أن غاية الشيء لا تدخل فيه وإنما لا يكن غاية شيئا في المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط ، وهو قياس محض . وروي أن أبا حنيفة حججه حيث قال له كم سنك ؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين ، فقال له إذن أنت ابن

الغاية ، كما لو قال بعث منك من هذا الحافظ إلى هذا الحافظ . وجه قولهما هو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل ، كما تقول لغريك خذ من مالي من درهم إلى مائة .

وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول إلى في الصورتين ، فالأولى ما كان مدخول إلى ثنتين ، والثانية ما كان مدخولاً ثلاثاً . ثم قال المصنف في قول زفر : وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعث منك من هذا الحافظ إلى هذا الحافظ . وأعلم أن زفر لا يدخل الحدين الأول ولا الثاني ، والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة إلى وحتى لأنها المنتهى . فوجه ما ذكر المصنف باستعمال الغاية في الحد : أي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو البيع مثلاً فلا يدخل الحدان فيه ، فكذا في الطلاق . وقد صرح بتسمية الأولى غاية في وجه أبي حنيفة حيث قال ثم الغاية الأولى . والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الأصولي . لأن زفر إنما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيد جوابه المنقول للأصمعي حين سألته عند باب الرشيد عن قول الرجل أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث . فقال : تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين ، وكذلك من واحدة إلى ثلاث لأن الغاية لا تدخل تحت المغنيا فأزعمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين إلى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون إيراد مسئلة البيع ذكر محل بإعمال اللفظ كالدليل السمي بذكر محل إعماله ليبين أنه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها . والحاصل أن ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل للقياس فيكون جزء الدليل ، ثم قد نسب إلى أبي حنيفة ما نسب إلى الأصمعي غير أنه قال له في الإلزام كم سنك ؟ فقال له زفر : ما بين ستين إلى سبعين فقال له أبو حنيفة سنك إذا تسع ستين ، وهذا بعيد إذ يبعد أن يجب فيها بين واحدة إلى ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجب بلفظ ما بين دون أن يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الإلزام حيث لا وقد أحد جوابه فلم يكن بحيث يقطع . على أنه روى أنه قال عند إلزام الأصمعي استحسان في مثل هذا ، والذي يتبادر في وجه استحسانه أن في قول الرجل سني ما بين الستين إلى السبعين عرفاً في إرادة الأكل من الأكثر والأكثر من الأقل ، ولا عرف في الطلاق إذ لم يتعارف التطبيق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره ، وقد قيل من طرفة غير هذا ، وهو أن ما بين العديدين المذكورين أكثر من ستين فكيف يكون تسعة ، وهذا بناء على أن ما بين ستين وسبعين أحد وستون واثنان وستون إلى تسع وستين لا واحدة إلى تسعة ، وإنما يصح إذا لم يعتبر الحد الأول خارجاً عن نسبي لفظ ما بين كذا وكذا ، والظاهر أنه خارج ، وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صريح فيه ، والأوجه ما ذكرنا له والله أعلم بقوله وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل) كقول الرجل خذ من مالي من

تسع ستين فتحير . وروى فخر الإسلام أن الأصمعي هو الذي حجه على باب الرشيد قال له : ما تقول فيمن قال لأمرأته أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث ؟ قال تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين . فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك ؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين يكون ابن تسع ستين ، فحير زفر واستحسن في مثل هذا ويلزم على قوله أن من قال من واحدة إلى واحدة لا يقع شيء ، وقيل يقع واحدة لأنه لما جعل الشيء الواحد حداً ومجلوداً لفاً آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقى أنت طالق . وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل

ولأبي حنيفة رحمه الله أن المراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سنى من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه ، وإرادة الكل فيها طريقه طريق الإباحة كما ذكر ، إذ الأصل في الطلاق

عشرة إلى مائة وبيع عبدى بما بين مائة إلى ألف وكل من الملع إلى الحلو . له أخذ المائة والبيع بألف وأكل الحلو (قوله ولأبي حنيفة أن المراد في العرف الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل) ولا يخفى أن المراد أن ذلك إنما هو إذا كان بين الحدين متخلل فإنه لا يتحقق لى نحو من درهم إلى درهمين لإرادة مجموع الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر ، ففى نحو طالق من واحدة إلى ثنتين انتهى ذلك العرف منه عنده فوجب لإعمال طالق فيقع واحدة . ولا يعترض بأنه لا يتأتى فى من واحدة إلى ثنتين لأنه لم يذكر إلا لما يصدق عليه ولم يدع أنه جار فى غيره ليعترض بأنه لم يصدق فى عدم متخلل مع أنه مسوق لنى قولهما يجب الأكثر . والحاصل أن قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة إلى قول زفر إلا أنها أطلقا فيه ، وأبو حنيفة يقول إنما وقع كذلك فيما مرجعه لإباحة كالمثل المذكورة ، أما أصله الحظر حتى لا يباح إلا للدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم إرادة الكل ، غير أن الغاية الأولى لا بد من وجودها ليرتب عليها الطلقة الثانية فى صورة إبقاها وهى صورة من واحدة إلى ثلاث إذ لا ثانية بلا أولى ووجود الطلاق عين وقوعه . بخلاف الغاية الثانية وهى ثلاث فى هذه الصورة فإنه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة . أما صورة من واحدة إلى ثنتين فلا حاجة إلى إدخالها لأنها إنما دخلت ضرورة إيقاع الثانية وهو متنفذ ، وإيقاع الواحدة ليس باعتبار إدخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان ويقع بطالق وهذا كما صحح فى قوله من واحدة إلى واحدة أنه يقع واحدة عند زفر خلافا لما قيل لا يقع عنده شىء لعدم التخلل . وكذا وجه بأنه يلغو قوله من واحدة إلى واحدة لا امتناع كون الواحد مبدأ لغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة ، وكذا هنا يجب أن يلغو من واحدة إلى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة ، وأورد إذا قيل طالق ثانية لا يقع إلا واحدة .

هذا الكلام فى العرف يراد به الكل ، كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم إلى مائة . ولأبي حنيفة أن المراد بمثل هذا الكلام الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر وهو ما بينهما . فإنهم يقولون سنى من ستين إلى سبعين أو ما بين ستين إلى سبعين ويريدون ما ذكرناه : يعنى الأكثر من الأقل أو الأقل من الأكثر . قيل فيه نظراً لأنه لا يتمشى فى قوله من واحدة إلى ثنتين . وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضاً لأن الأكثر فيه الثلاث والأقل الواحد ، والأكثر من الأقل والأقل من الأكثر الثنتان ، وليس بشىء لأن قوله لأن الأكثر فيه : يعنى فى الطلاق ، وليس الكلام فى الأكثر فى الطلاق وإنما الكلام فى الأقل والأكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه . وأقول : قوله إن المراد به الأكثر من الأقل : معناه إذا كان بينهما عدد . كما فى قوله من واحدة إلى ثلاث . وقوله سنى من ستين إلى سبعين . وقوله والأقل من الأكثر معناه : إذا لم يكن بينهما ذلك كما فى قوله من واحدة إلى ثنتين ، وعلى هذا يسقط الاعتراض . وقوله (وإرادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم إلى

(قوله وأجيب بأنه يتمشى إلى قوله والأقل من الأكثر ثنتان) أقول : فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحدة إلى الثنتين عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك (قوله وإنما الكلام فى الأقل والأكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه) أقول : لاسم ذلك ، ألا ترى : أنه لو قال من واحدة إلى عشر يقع ثنتان عند أبي حنيفة رحمه الله والمسألة فى شرح الكوكب الزليلى وضع القدير (قوله وأقول قوله إن المراد به الأكثر من الأقل) معناه إذا كان بينهما عدد (الخ) أقول : فيه بحث : فإنه إذا تخلل بينهما شيء يراد الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل ، فلا وجه للتخصيص الذى ذكره الشارح ولا يلزمه قول المصنف فإنهم يقولون سنى من ستين فيجمل (قوله معناه إذا لم يكن بينهما ذلك) أقول : لا بد للكم من دليل ولم يذكر من طرف أبي حنيفة رحمه الله .

هو الخطر . ثم الغاية الأولى لابد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية . ووجودها بوقوعها . بخلاف البيع لأن

أجيب بأن ثانية لغو فيقع بأنت طالق واحدة ، بخلاف قوله هنا من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر في إيقاع الثانية فلا يتحقق ذلك إلا بعد إيقاع الأولى . فإن قيل : لفظ ما بين هذا وهذا يستدعي وجود الأمرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلاث . والجواب أن ذلك في المحسوسات ، أما ما نحن فيه من الأمور المعنوية فإنما يقتضي الأول واحتمال وجود الثاني عرفاً ، ففي من الستين إلى السبعين يصدق إذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئاً في التكلم به لإفادة ذلك القدر . يبي أن قال : إن هذا إن انتقض عليهما لا ينتقض على زفر لما تقدم أنه يقال من طرفه لأعرف في الطلاق فلا يلزم إدخال الغاية الأولى لأن ما بين إنما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل من حيث هي ما بين الواحدة والثلاث فلا احتياج إلى إدخالها ضرورة إيقاع الثانية في من واحدة إلى ثلاث . ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار موذى أجزاء لفظه وهي لا توجب إلا دخول ما بين الحدين ولا مخلص إلا بادعاء أن العرف أقاد أن مثله يراد به ذلك في أي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر (قوله بخلاف) جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا الحائط إلى هذا الحائط بالفروق بأن التطليقة الثانية واقعة ولا وجود لها إلا بوقوع الأولى فوقعت ضرورة ، بخلاف الغاية في البيع فلانها لم تدع ضرورة إلى إدخالها في الغيا فبقيت الغايتان خارجتين ، وأنت علمت أن الاستدلال على الأقوال الثلاثة ليس إلا بقضية اللفظ ، ومسئلة البيع لإظهار أن اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبي حنيفة أن العرف فيه إرادة الأكثر من الأقل إلى آخره فاقضى في من واحدة إلى ثلاث وقوع ثنتين لأنهما الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فإزوم وقوع الأولى ،

مائة وهو ظاهر . وقوله (ثم الغاية الأولى) جواب عن قول زفر . ووجهه أن القياس أن لا تدخل الغايتان كما ذكرت ، إلا أن الغاية الأولى لابد أن تكون موجودة لأنه أوقع الثانية ، ولا يصح إلا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها . وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قوله كما لو قال بعثك من هذا الحائط . ووجه ذلك أنه قياس فاسد لأن الغاية في القياس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في إدخالها ، وأما في صورة النزاع فلانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل أنا لم نقل بأن الغاية داخلية ، وإنما قلنا إنه لابد من وجودها لضرورة الثانية . ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لم يقع إلا واحدة ولم يضره فيه إلى الأولى لوقوع الثانية . وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا ، بخلاف قوله من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر في إيقاع الطلاق بالاتفاق . ولا يتحقق ذلك إلا بعد وقوع الأولى . ولو نوى في قوله من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث وأشباههما واحدة صدق ديانة لأنه بمقتضى كلامه لا قضاء لأنه

(قوله لابد من وجودها البيع) أقول : إذا كانت الطلقة الأولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغي أن يقع هذا الكلام واحدة عنده (قوله وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا) أقول : لم لا تكتب الطلقة الأولى انتضاء ويلزم كلام المائل ؟ ينبغي أن يتأمل فيه . ولعل وجهه صوت فله من الكرامة ، فإن إيقاع الطلقتين معاً مكره . كما سبق ، وسيجيء نظيره في رأس الورقة الثانية ، ونفسيل أن صوت كلاًه عن الإلقاء وصوت فله من الكرامة تعارضاً في الأصل وهو عدم الانتضاء (قوله في إيقاع الطلاق بالاتفاق) أقول : يعني ما ومن زفر (قوله ولو نوى في قوله من واحدة إلى ثنتين البيع) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا قال من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين وقع واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله قضاء وديانة فوجه هذا الكلام ؟ ويجوز أن يقال : مراده يصدق عندهما ، وفي أشباههما يصدق عندهما فليتأمل فإن بينه قول المصنف لما ذكرنا بما بين يمين يمينه .

الغاية فيه موجودة قبل البيع . ولو نوى واحدة يدين ديانة لأقضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف المظاهر (ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة) وقال زفر : تقع ثنتان لعرف الحساب ، وهو قول الحسن بن زياد . ولنا أن عمل الضرب أثره في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب ، وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها (فإن نوى واحدة وثلثين فهي ثلاث) لأنه يحتمل فإن حرف الواو للجمع والمظروف يجمع المظروف ، ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثلثين ،

بخلاف بعت من هذا الحائط إلى هذا الحائط لأن التعارف إنما وقع في الأعداد نحو من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ونحوه ففي اللفظ في غيرها على مقتضاء لغة فلا تدخل الثاينتان . وبه اندفع سؤال أن ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعا كقولها فإن العرف أعطى أن قضيته عدم وقوع الثانية .

[فرعان] لو قال من واحدة إلى عشرة يقع ثنتان عند أبي حنيفة ، وقيل يقع ثلاث لأن اللفظ معتبر في الطلاق ، حتى لو قالت طلقني ستا بألف وطلقها ثلاثا وقعت الثلاث بجمسية . ولو قال ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة ونقل عن أبي يوسف ، بخلاف ما إذا كان غاية . وكذا يجب عند الكل إلا إن كان فيه العرف الكائن في الغاية (قوله ولو نوى واحدة) أي في من واحدة إلى ثلاث وفي ما بين واحدة إلى ثلاث إذا كان فيه عرف الغاية (قوله لأنه خلاف المظاهر) وفيه تخفيف عليه (قوله ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب) عالما بعرف الحساب (فهي واحدة) ففيا إذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة . وقال زفر والحسن ابن زياد : يقع ثنتان بعرف الحساب ، وهو قول مالك والشافعي في وجه إذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجهه عند الحساب ، فلو كان ممن يعرف الحساب وقصد موجهه عندهم وقع ثنتان وجهها واحداً ، وبه قال أحمد . وعندنا يقع واحدة بكل حال . وجه قول زفر أن عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر ، فقوله واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثلثين في ثنتين مرتين فكأنه قال طالق أربعة أضع فبيع الثلاث ، فالإزام بأنه لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا لا معنى له أصلاً ، لأن ضربه درهمه مثلاً في مائة ألف إن كان على معنى الإخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كلب ، وإن كان على الإنشاء كجعلته في مائة لا يمكن لأنه لا ينجعل بقوله ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشيء (قوله أثره في تكثير المضروب لا في زيادة العدد) والطلقة التي جعل لها أجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ، ولا يحق أن هذا لا معنى له بعد قولنا إن عرف الحساب في التركيب اللفظي كون أحد العددين مضاعفاً بعدد الآخر ، فإن العرف لا يمنع ، والقرض أنه تكلم بعرفهم وأراد فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غير ها وهو يلزمها (قوله فإن نوى واحدة وثلثين) بقوله واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لأنه يحتمل ، فإن حرف الواو للجمع والمظروف يجمع المظروف فصيح أن يراد به معنى الواو ، ولو كانت غير مدخول

خلاف المظاهر ، لما ذكرنا أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر (ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة . وقال زفر : يقع ثنتان لعرف الحساب) فيما بينهم أن واحدة في ثنتين ثنتان (ولنا أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب) لأن الغرض به إزالة كسر يقع عند القسمة ، فعني واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين ، وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها (كما لو قال أنت طالق طلقة ونصفها وثلثا وربيعها وسدسها وثمها لم يقع إلا واحدة) (فإن نوى واحدة وثلثين فهي ثلاث لأنه يحتمل لأن الواو للجمع والمظروف يجمع المظروف) وقوله (ولو كانت غير مدخول بها) واضح

وإن نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لأن كلمة « في » تأتي بمعنى « مع » كما في قوله تعالى - فادخل في عبادى - أى مع عبادى ، ولو نوى الظرف تقع واحدة ، لأن الطلاق لا يصلح ظرفاً فيلغو ذكر الثانى (ولو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعة ، لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث . وعندنا الاعتبار المذكور الأول على ما بيناه (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهى واحدة بملك الرجمة) وقال زفر : هى بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول

بها وقعت واحدة كما لو قال لها أنت طالق واحدة وثنتين ، وإن نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها ، كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين ، وإرادة معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى - فادخل في عبادى - أى مع عبادى . وفى الكشاف أن المراد فى جملة عبادى ، وقيل فى أجساد عبادى . ويؤيده قراءة فى عبدى فهى على حقيقتها على هذا ، ولا يخفى أن تأويلها مع عبادى ينبو عنه - وادخل جنى - فإن دخوله معهم ليس إلا إلى الجنة ، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى - ويتجاوز عن سيئاتهم فى أصحاب الجنة - وعن الاحتمال المذكور وقع مثله فى الإقرار بأن قال له على عشرة فى عشرة وادعى الخصم الجميع : أى مجموع الحاصل على الاصطلاح بخلافه القاضى أنه ما أراد الجميع ، أما لو أراد معنى الظرف لغا ولم يقع إلا المذكور أولاً ، وفى واحدة فى ثنتين واحدة وفى ثنتين فى ثنتين ثلثان اتفاقاً ، لأن الطلاق لا يصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثانى (قوله ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهى واحدة رجمة وقال زفر : بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول) وأورد عليه أنه لو قال طالق طيلة طويلة أو عريضة كانت رجمة عند زفر فكيف يملأ البيئونة هنا بالطول ؟ أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحاً فيوقع به الرجعى وكناية فيوقع به البائن

(وإن نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث) سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن (لأن كلمة فى تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى - فادخل في عبادى -) عند بعض أهل التأويل ، وهذا لأن أحد المحدثين لا يصلح أن يكون ظرفاً للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المية فاستعير له (ولو نوى الظرف تقع واحدة) لأن الطلاق معنى فقهى لا يصلح أن يكون ظرفاً للغير فيلغو ذكر الثانى (ولو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب) والضرب تضعيف أحد العددين بقدر ما فى العدد الآخر كالأربعة فى الخمسة يحصل عشرون لأن العشرين تضعيف الأربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات (فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعة بعرف الحساب (لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث) . وعندنا الاعتبار المذكور الأول على ما بيناه . معنى فى قوله إن عمل الضرب فى تكثير الأجزاء لا فى زيادة المضروب (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهى واحدة بملك الرجمة) . وقال زفر : هى بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول) والطول يستعمل فى القوة وقوة الشيء

(قال المصنف : كما في قوله تعالى - فادخل في عبادى -) أقول : أنت غير بأنه لا يمنع هنا عن حمل « فى » على الظرفية بل هى الظاهرة . قال ابن الهمام : ولا يخفى أن تأويله « مع » ينبو عنه - وادخل جنى - فإن دمجها معهم ليس إلا إلى الجنة ، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى - ويتجاوز عن سيئاتهم فى أصحاب الجنة - انتهى (قال المصنف : لأنه وصف الطلاق بالطول) أقول : قال الزيلعى : لا يقال إنه لو صرح بالطول لا يكون بائناً عنه فكيف يمكن ليقاع البائن منه هذا القول ؟ لأننا نقول : الكناية أقوى من الصريح فبما أن يخطف ؛ ألا يرى أن قولهم ثلاث كثير الرماء أبلغ فى الوصف بالكرم من قولهم جواد ، ولأن قوله إلى الشام يهبط الطول والارض فبما أن تقع به البيئونة عنه ، بخلاف ما إذا وصفه بالطول لأنه لا يستعمل عادة ذكره فى الكفاي ، وأجائز أن يكون له رواية ، وفى النهاية يحتمل أن يستفاد من

قلنا : لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد ، وكذلك لو قال أنت طالق في الدار) لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان ،

لأن الإثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصریح كما في كثير الرماد لأنه أبلغ من جواد لأنه إثبات الجود له بينة : أعنى كثرة الرماد ، وأنه تحليل على مذهبن إلزاما كأنه قال لما قال من هنا إلى الشام فقد وصفه بالطول ، ولو وصفه بالطول صريحا بأن قال طلبة طويلة تقع بائة عندكم فكذا كناية بالأولى لما قلنا ، وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب إذا دفعه إلى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكاة مع أن الزكاة لا تسقط عنده إذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك ، أو أن عنه في المسئلة روايتين كما جوزه في الكافي لأن بعض المشايخ قال في دليله لأنه وصفه بالطول . ولو قال أنت طالق طلبة طويلة كان باثما كذا هنا ، ولأن قوله من هنا إلى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لا تحصل البيئونة عنده بأحدهما وتحصل بالوصف بهما لأنه يفيد العظم فكانه قال كالجبل ، لكن مقتضى هذا أن لا يقتصر على قوله لأنه وصفها بالطول بل يقول لأنه وصفها بالطول والعرض (قوله قلنا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا وفي السموات) ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعي وطوله بالبائن ولأنه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها إلى مكان وهو لا يحتمل ذلك أصلا فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة . وقال الترمذی : إنه إنما مد المرأة لا الطلاق . ووجهه أنه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب إلا الضمير في طالق (قوله ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال) وكذا في الدار وإن لم يكن في مكة ولا الدار ، وكذا في الفل والشمس والتوب كالمكان ، فلو قال طالق في ثوب وكذا وعليها غيره طلقت للحال ، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مريضة ، وإن قال عنت إذا لبست وإذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه ، كما إذا قصد بقوله بمكة أو في مكة إذا دخلت مكة فإنه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء (قوله لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان) المعنى أن الطلاق لا يتصور أن يتعلق بمكان بعينه دون غيره لأن الطلاق المعنى به رفع القيد الشرعي معلوم في الحال ، وقد جعل الشارع لمن له التخلص بلفظ وضعه

إنما تظهر بامتناعه عن قبول الإبطال ، وذلك في البائن دون الرجعي . فإذن قيل : إذا صرح بذكر الطول فقال أنت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيًا عنده فكيف صح تحليله بالطول ؟ أجيب بأنه إذا قال إلى الشام كفى عن الطول والكناية أقوى من التصريح لكونها دعوى الشيء بينة وموضعه علم البيان . وأقول : هذه خطابة لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال ، وقيل يجوز أن يكون عنده في هذه المسألة روايتان ، وهذا أقرب (قلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه إذا وقع وقع في الأماكن كلها) فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة إلى ما وراءه (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد ، وكذا لو قال أنت طالق في الدار لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون آخر)

قوله من هنا إلى الشام المبالغة في الطول : أي بالطول الكثير فتمنعت الصيغة كقوله تعالى .. ياخذ كل سفينة غصبا .. أي كل سفينة مصيبة أو سالبة أو سليمة انتهى . وفي قول صاحب الكافي ولأن قوله إلى الشام يفيد الطول والعرض بحث ، لأن المرض غير المذكور في دليله على ما ذكر في هذا الكتاب .

وإن عني به إذا أثبت مكة يصدق ديانة لأقضاء لأنه نوى الإظهار وهو خلاف الظاهر، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مريضة، وإن نوى إن مرضت لم يدين في القضاء (ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) لأنه علقه بالدخول. ولو قال أنت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعدد الظرفية.

(فصل)

في إضافة الطلاق إلى الزمان

تعالى سببا لذلك أن يعلق وجوده بوجود أمر معلوم حتى إذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعاً شرعياً لا لزوماً عقلياً، والزمان والأفعال هما الصالحان لذلك لأن كلا منهما معلوم في الحال ثم يوجد أو قد يوجد فتبيناً لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما، بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فلا يتصور الإناطة به، ولو أناط به قبل وجوده فالمناط إنما هو وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمان والأفعال، ثم الزمان في الإضافة والتعليق يكون مستقبلاً. أما الحال فإنما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق. وأما إضافته إلى ماضٍ خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير أنت طالق فيقع به في الحال، وإنما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معلوم فتناسب أن يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لأن الفعل لا يمكن أن يوجد بمجرد وجود ماعلق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له، وإنما يصح ذلك في أثره الشرعي لأن حاصله تعلق خطابه بالحرمه عنده، وهذا يمكن اعتباره شرعاً، فجعلنا المعلق رفع القيد لأفعل التعليل، والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال في دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل) أي بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لأداة الشرط لمقاربة بين معنى الشرط والظرف من حيث أن المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعدد معناه: أحق الظرف، وكذا إذا قال في لبسك أو في ذهابك، وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك، ولا فرق بين كون مايقوم بها فعلاً اختيارياً أو غيره، حتى لو قال في مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصل.

(فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان)

ذكر في باب إيقاع الطلاق فصولاً متعددة باعتبار تنوع الإيقاع: أي ما به الإيقاع على ما قدمناه إلى مضاف وموصوف ومشبه وغيره معلق بمذخور بها وغير مذخور بها، وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى باباً وقوله (وإن عني به) ظاهر. وقوله (عند تعدد الظرفية) إنما تعدد الظرفية لأن الفعل لا يصلح ظرفاً للطلاق على أن يكون شاغلاً له فيحمل على الشرط لمقاربة: أي لمناسبة بين الشرط والظرف لأن الظرف يسبق المظروف كما أن الشرط يسبق المشروط. قال شمس الأئمة: وقيل لأن الظرف يجمع المظروف كما أن الشرط يجمع المشروط.

(فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان)

ذكر هنا فصولاً مترادفة بحسب إضافة الطلاق وتنويعه، وتشبيه إضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت

(فصل في إضافة الطلاق)

(ولو قال أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر) لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوثوقه في أول جزء منه ، ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لأقضاء لأنه نوى التخصيص في العموم ، وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر (ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تقوّ به) فيقع في الأول في اليوم وفي الثاني في الغد ، لأنه لما قال اليوم كان تنجيذا والمنجز لا يحتمل الإضافة ،

كما أن الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا ، والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فإنه صنف عال ، والعلم مطلقا بمعنى الإدراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع ، والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه ، وقطعية كالكلام والحساب والهندسة ، فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدتها ترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة فوضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعرض كل فصار صنفا ، وقيل للواضع صنف العلم ، أي جعله صنفا فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وإن صح أيضا فيهم وعلم بما ذكرنا أنها تتباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيّد بكل منها النوع وأن ما ذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب (قوله ولو قال أنت طالق غد وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد) لأن جميعه هو مسمى الغد ، ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لأنه خلاف الظاهر (وقوله لأنه نوى التخصيص في العموم) تنزيل للأجزاء منزلة الأفراد ، وإلا فللفظ غدا نكرة في الإثبات فليس من صيغ العموم (قوله ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يقع في أول الوقتين الذي تقوّ به) أما الأول فلا لأنه ينجزه فلا يرجع متأخرا إلى وقت في المستقبل ، وأورد عليه أنه لم يعتبر لإضافة أخرى لإضافة عين ما يجوز ؟ والجواب أن اعتبار كلامه إيقاعا للحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لمراعيتها وقوي أخرى ، فإنها إذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك ، حتى لو كانت بالعطف بأن قال أنت طالق اليوم وغدا أو أول النهار وآخره لا يقع إلا واحدة لأنها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم وأول النهار ، وقد طوّل بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم إذا جاء غد فإنها لا تطلق إلا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الأول بالآخر فلم لم يتوقف باتصال الإضافة كما توقف باتصال الشرط

التكلم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط (ولو قال أنت طالق غدا) على ما ذكره في الكتاب واضح . وقوله (نوى التخصيص في العموم وهو) أي العموم (يحصل التخصيص) فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة (لكنه مخالف للظاهر) لأن الغد اسم بجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء . ولقال أن يقول العام ما يتناول أفرادا منفصلة المجلود وللفظ الغد ليس كذلك ، وما يتوهم فيه من الأول والوسط والآخر فهو من أجزاء ما لا من أفراد ، وحينئذ لا يكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص . والجواب أن المراد به الحقيقة والمجاز فإن إطلاق لفظ الكل وإرادة الجزء مجاز لا محالة (ولو قال أنت طالق اليوم غدا) ظاهر . وأعترض بأنه لم لا يجعل غدا ظرفا لطلاق آخر ؟ وأجيب بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق ، والأصل خلافه فلا يصار إليه

(قال المصنف : لأنه نوى التخصيص في العموم) أقول : فيه تجوز ، والمراد نوى الجزء من الكل فزّل الإجزاء بمنزلة الإفراد ، وإلا فللفظ غدا نكرة في سياق الإثبات فلا تم (قوله لأن الغد اسم بجميع أجزاء النهار) أقول : وهذا لا يوافق كلام المصنف ، والموافق له أن يقول اسم بجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس كما قاله الإجماع .

وإذا قال غدا كان إضافة والمضاف لا ينتجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثاني في النصاين

وكلاهما مغير للتنجيز؟ فظهر أنه مضاف لا أنه طلاق آخر ، وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بأن ذكر الشرط يبين أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع ، وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر ، وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم إيقاع في الحال ، وإذا جاء غدا تعليقا فلا بد من اعتبار أحدهما للثاني واعتبار المعلق أولى لأن في اعتباره إلغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم ، وفي اعتبار المنجز إلغاء كلمات وهي قوله إذا جاء غدا لأنه لم يقع الفرق في الجوابين بأنه لم توقف فلم يكن تنجيذا مع اتصال المغير الشرطي ولم لم يتوقف فكان تنجيذا مع اتصال المغير الإضافي . فإن قيل : لم لم يجعل الثاني ناسخا ؟ أجب بأن النسخ فرع ثبوت الأول وتقرره . وتقرر الطلاق الأول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخير . وأما الثاني وهو قوله طالق غدا اليوم فلأنه وقع مستقبيا مضافا وبعد ماصح مضافا إلى غدا لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تظليقة أخرى ، وإنما وصفها بتظليقة واحدة لأنها لزمت إضافتها إلى الغد فلم يلزم إلغاء اللفظ الثاني ضرورة ، ولا يمكن جمعه ناسخا للأول لأن النسخ إنما يكون بكلام مستبد في نفسه متراخ وهو منتف هنا . فإن قلت : فما وجه المسئلة إذا وسط الواء ؟ فالجواب إذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغدا أو في ليك ونهارك وهو في الليل أو قبله وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة إلى الأخرى لأنها بطلانها في أول الوقتين تكون طالقا في آخرهما ، ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صبح ووقت ثنتان ، وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلانية ، فإن نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك ، وإن قدم المتأخر كطالق غدا واليوم أو في نهارك وليك وهو في الليل أو قبله وهو في النهار فمن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان ، لأن الأول وقع مضافا صحيبا والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما في الأولى بما بعدها فصار الحاصل أنت طالق غدا وأنت طالق اليوم ، وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيها لوقال أنت طالق كل يوم ؛ فعند زفر يقع ثلاث في ثلاثة أيام لأنه موقع في كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا في كل يوم يحصل بإيقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ، ولا يخفى أن نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه في طالق غدا واليوم يقع واحدة مشكل ، لأن كل يوم إما أن يتعين اليوم وغدا وبعد غد إلى آخر الزمان فتقع واحدة أو قبله غدا وما بعده اليوم فكذلك ، وكذا لوقال أنت طالق أبدا لم تطلق إلا واحدة ، فلو نوى أن يطلق كل يوم تظليقة أخرى صحته نية ، وفي هذه المسئلة ما قلناه من البحث أول كتاب الطلاق في أنت طالق للسنة . وحاصل ما يقع به جواب ما قلناه أن صحة نية الثلاث إما باعتبار إضمار التظليق كأنه قال طالق كل يوم تظليقة أو بإضمار في كأنه قال في كل يوم ، ولو قال في كل يوم طقلت ثلاثا في كل يوم واحدة وهو ماقاس عليه زفر . وفرقوا بأن في الظرف والزمان إنما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد

في غير موضع الضرورة ، وفيه نظر لأن صون كلام الماقل عن الإلغاء نوع ضرورة . والأولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطاقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة إلى غيرها ، وعلى هذا كان كلامه مصونا بحسن الإلغاء . فإن قيل : هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غدا اليوم لأنه وصفها بالطلاق غدا

(ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهارين في القضاء عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يدين في القضاء خاصة) لأنه وصفها بالطلاق « في » جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه، ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية، وهذا لأن حلف في وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين . ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه لأن كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم، فإذا عين آخر النهار كان التعيين التقصدي أولى بالأعتبار من الضروري، بخلاف قوله غدا لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا إلى جميع الغد . نظيره إذا قال : والله لأصومن « عمري، ونظير الأول : والله لأصومن « عمري، وعلى

الواقع، بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع (قوله ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند أبي حنيفة، وقالوا : لا يصدق في القضاء خاصة) ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى. لهما أنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نيته آخره، ولهذا أى ولأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في أول جزء منه اتفاقا عند عدم النية، وهذا وهو كون وصفها بالطلاق في جميع الغد أوصيروته بمنزلة غدا لأن حلف لفظة في مع إرادتها وإثباتها سواء فإذا كان في حلفه يفيد عموم الزمان ففي إثباته كذلك . ولأبي حنيفة أن ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها أعم من كونه متصلا بجزء آخر أو كله أولا، وإنما يعرف خصوص أحدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وأكلت في يوم يعرف عدمه لا مبدول اللفظ فإذا نوى جزءا من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لأن ذلك جزء من أفراد المواطن، بخلاف ما إذا لم يذكر وصل الفعل إليه بنفسه فإن المقاد حينئذ عمومها لقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرضا وبعلمه في سرت في فرسخ وصمت عمري وفي عمري فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق

والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم . أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفرض إلى المكروه وهي إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسمى لإثباتها فيكون الثاني لغوا (ولو قال أنت طالق في غد) على ما ذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه . وقوله (ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه) قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر . وتقريره أن خلاف الظاهر إنما لا يدين في القضاء إذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه، وهنا صادفتها فيدين قضاء وديانة ؛ ألا ترى أن من حلف لا يزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وإن كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه . وفيه نظر لأن الحقيقة لا تحتاج إلى النية وإنما يحتاج إليها ما هو من محتملات كلامه كالخجاز . ويمكن أن يجاب عنه بعد معرفة أن في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقة، وغد يقتضيه وهو حقيقته بديل قوله تعالى - إنا لننصر رسلا والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد فإنه لا استيعاب فيها فيه الحرف ، وهو ثابت فيها لا حرف فيه ، ويانه أن الله تعالى ذكر نصرته الرسل والمرسل والمرسل إليهم في الدنيا مقرونة بحرف « في » وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة بها في هذه الآية لأن نصرته الله إياهم في الآخرة دائمة، وأما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع

(قوله أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفرض إلى المكروه وهو إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسمى لإثباتها الخ) أقول : وهذا يجري في الصورة الأول أيضا (قال المصنف : وهذا لأن حلف في الخ) أقول : أي كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غدا (قوله قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر الخ) أقول : الظاهر أن كونه خلاف الظاهر غير مسلم عند أبي حنيفة رحمه الله (قال المصنف : حيث وصفها بهذه الصفة) أقول : لكنه ليس بديل إذ لا ينكره المصنف في مصادره .

هذين الدهر وفي الدهر (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو، كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق، ولأنه يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح

قضاء، ومثل قوله في غد قوله في شعبان مثلاً، فإذا قال طالق في شعبان فإن لم تكن له نية طلق حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب، وإن نوى آخر شعبان فهو على الخلاف (قوله ولو قال أنت طالق أمس) أو في الشهر الذي خرج (وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء) بإجماع الفقهاء لأنه أسند الطلاق إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله إنكاراً للطلاق فيلغو فكان كقوله أنت طالق قبل أن أخلق، ولأنه حين تعلم تصحيحه إنشاءً أمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح: أي طالق أمس عن قيد النكاح إذا لم تنكح بعد أو عن طلاق زوج كان لها إن كان بخلاف ما لو قال للمعينة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان، لأن الظاهر في التركيب الإيقاع والإنشاء فلا يعدل عنه إلا لتعذر الصواب عنه إلى محتمله وهو عدم صحة الإنشاء متلف لبقاء الحلية بعد الطلقة الأولى، إما يعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ، أو لبقائه متوقفاً إلى انقضاء العدة كقول المحققين، ويشهد لهم أنهم قالوا إذا قال كل امرأة في طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى لبقاء الحلية في المطلقة رجعية لقيام العدة يعود القيد لأنه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها، بخلاف ما لو قال لامرأته إحداً كما طالق إحداً كما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الإخبار ثانياً أو التأكيد إلا أن يقصد التجديد لأن الإيقاع في المنكر ليس غالباً، ولا الداعي إلى تكثير الطلقات من اللجاج والبغضاء بحيث لا يقع الزوج بواحدة موجوداً فيه لأن تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة، ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لأنه أسنده إلى حالة منافية، ولا يمكن تصحيحه إخباراً لكذبه وعدم قدرته على الإسناد فكان إنشاء في الحال فيقع الساعة، وعلى هذه النكته حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسألة الدور المتقولة عن متأخرى الشافعية وهي إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً بوقوع الطلاق، وحكم أكثرهم أنها لا تطلق بتنجز طلاقها لأنه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثاً ووقع الثلاث سابقاً على التنجز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لأن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال ونقول أيضاً: إن هذا تغيير لحكم اللغة لأن الإجازة تنزل بعد الشرط أو معه لاقبله، ولحكم العقل أيضاً لأن مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه، ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فبقي الطلاق جزءاً للشرط غير مقيد

في بعض الأوقات لأنها دار الابتلاء، وكل ما هو حقيقة في أحدهما فهو مجاز في الآخر. وإذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازة وهو الاستيعاب فإذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه أصول الفقه وبقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة معهودة (أي معلومة) منافية لمالكية الطلاق) لأنها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي أضاف إليه الطلاق (فيلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق) أو تخلفي (ولأنه أمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح) فكانه قال ما كنت أمس في قيد نكاحي، وإذا أمكن ذلك صير إليه لكونه موضوعاً له دون الإنشاء، وفيه نظر لأن الطالق من انقضت بوقوع طلاقها بتطبيق الزوج وهو غير متصور لأن المطلق إن كان هذا الزوج فليس بمستقيم لأنها لم تكن

(قوله فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازة وهو الاستيعاب) أقول: إذا كان الاستيعاب معنى مجازاً لم يكن ينبغي أن لا يبين الجزء الأول إذا لم يكن له نية فإن المجاز يحتاج إلى التنية كما لا يخفى.

أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة) لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخباراً أيضاً فكان إنشاء ، والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال فيقع الساعة (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كما إذا قال طلقك وأنا صبي أو نائم ، أو يصحح إخباراً على ما ذكرنا (ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلق) لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت ، وهذا لأن كلمة متى ومتى ما

بالقبلة ولحكم الشرع لأن النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي إلى رفعها في المسئلة المذكورة . وقوع ثلاث : الواحدة المنجزة . وثنتان من المعلقة ، ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلاثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لإصاف أهلية فيلغو ، ولو كان قال إن طلقك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك (قوله ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كقوله إذا طلقك وأنا صبي أو نائم (أو يحنون وكان جنونه معهودا ، فإن لم يكن معهودا طلق للحال لأنه أقر بطلاقها وأسنده إلى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الإضافة (أو يصحح إخباراً على ما ذكرناه) من كونه إخباراً عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم (قوله ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلق) باتفاق العلماء لأن متى ظرف زمان ، وكذا ما وتكون مصدرية نائية عن ظرف الزمان ، قال تعالى قاصبا لكلام عيسى عليه السلام - وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حيا - أي مدة دواي حيا ، فصار حاصل المعنى إضافة طلاقها إلى زمان خال عن طلاقها ، وبمجرد سكوتها وجد الزمان المضاف إليه فيقع . فلوقال موصولا أنت طالق بر ، حتى لو قال متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا ثم وصل قوله أنت طالق قال أصحابنا بر ووقعت واحدة ، وقال زفر : ثلاث ، ولو قال أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لأجله لأنها تقتضي عموم الأفراد لا عموم الأجتماع ، فإن لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط . ولوقال حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت ، وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك . وإن قال زمان

في قيد نكاحه ، وإن كان غيره فهو المذكور بقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج) فيكون تكرارا ، وأيضاً قوله أنت طالق موضوع للإخبار لغة ، ولا تسلم أن إمكان المصير إلى المفهوم اللغوي يمنع المصير إلى المفهوم الشرعي فإن ذلك يفضي إلى إبطال كثير من المفهومات الشرعية . والجواب عنها أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم إما لغوا لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق ، أو هو محمول على الإخبار عن عدم النكاح مجازا فإن رفع النكاح يستلزم عدمه ، وإمكان المصير إلى المفهوم اللغوي إنما لا يمنع المصير إلى المفهوم الشرعي إذا لم يفض إلى اللغو ، فأما إذا أنقض إليه منعه صونا لكلام العاقل عن الإلغاء . وقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج) يعني أن هذه المرأة إما أن تكون مطلقة زوج آخر أو لا ، فإن كان الثاني جعل قوله أنت طالق أمس إخباراً عن عدم النكاح مجازا ، وإن كان الأول جعل إخباراً عن كونها مطلقة ذلك الزوج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية) وهو واضح (ولا يمكن تصحيحه إخباراً أيضاً) وهذا على الوجه الأول واضح أيضاً . وأما على الوجه الثاني فلأنما يستقيم إذا كانت غير مطلقة لغيره من الأزواج ، وأما إذا كانت مطلقة فلا يستقيم إلا إذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه . وقوله (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك) وما بعده واضح .

صريح في الوقت لأتينا من ظروف الزمان ، وكذا كلمة « ما » قال الله تعالى - ما دمت حيا - أي وقت الحياة (ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) لأن العلم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة ، وموتها بمنزلة موته هو الصحيح

لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تخفى سنة أشهر لأن لم تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع ، وحيث للمكان وكه مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق ، وكلمة لا للاستقبال غالبا ، فإن لم تكن له نية لا يقع في الحال ، وإنما يراد بخين سنة أشهر لأنه أوسط استعماله إذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى- حين تمسون وحين تصبحون - وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى- توفي أكلها كل حين بإذن ربها - وأربعون سنة كما في قوله عز ذكره - هل أتى على الإنسان حين من الدهر - والزمان كالحين لأتينا سواء في الاستعمال (قوله ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) باتفاق الفقهاء لأن الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة ، لأنه متى أطلقها في عمره لم يصدق أنه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو أنه أطلقها ، واليأس يكون في آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدره المتكلمون بل قالوا : تطلق قبيل موته ، فإن كانت منخولا بها وورثته يحكم الفرار وإلا لآثرته . وقوله وهو الشرط : يعني العلم (قوله كما في إن لم آت البصرة) إعطاء نظير ، والمراد أن كل شرط بأن منى حكمه كذلك وهو أن لا يقع الطلاق أو العتاق إذا علق به إلا بالموت لما ذكرنا ، وزاد قيلا حسنا في المجتبى بالغين المعجمة ، قال : إذا قال لامرأته إن لم تحبريني بكذا فأنت طالق ثلاثا فهو على الأبد إذا لم يكن ثمة ما يدل على القور انتهى . ومن ثمة قالوا : لو أراد أن يجمع أمراته فلم تطاوعه فقال إن لم تدخل البيت معي فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوره طلقت لأن مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات (قوله وموتها بمنزلة موته هو الصحيح) احتراز به عن رواية النوادر أنها لا تطلق بموتها لأنه قادر على أن يطلقها ، وإنما عجز بموتها وصار كقولها إن لم أدخل الدار فأنت طالق يقع بموتها لا بموتها . وجه الظاهر أن الوجه السابق ينتظم موتها وموته ، بخلاف تلك المسئلة فإن بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع . أما الطلاق فإنه يتحقق اليأس منه بموتها ، وإذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لأنها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت ، وإنما حكمنا بالبينونة وإن كان المعلق صريحا لانقضاء العدة كغير المندخل بها لأن الفرض أن

وقوله (كما في قوله إن لم آت البصرة) يعني كما إذا قال لها أنت طالق إن لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الإتيان ، فإذا انتهى إلى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط والحل قابل والمالك باقي فوقع فكللتك هنا (وموتها بمنزلة موته) يعني يقع الطلاق بموتها قبيل موته أيضا . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية النوادر فإنه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لأن الزوج قادر على أن يطلقها مالم تمت ، وإنما عجز بموتها ، فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله إن لم آت البصرة . وجه ظاهر الرواية أن الإيقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن إيقاعه قبيل موتها لأنه لا يقبله الوقوع ، كما لو قال أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لأن القرعة وقعت بينهما قبل موتها بإيقاع الطلاق عليها . والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله أنت طالق إن لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه . وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو أن في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التبليط في زمان يمكن التبليط وهو آخر جزء من أجزاء حياته فطلق لوجود الشرط ، بخلاف قوله إن لم آت البصرة لأنه لا يتحقق

(ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك ، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة . وقالوا : تطلق حين سكت) لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى - إذا الشمس كورت - وقال قائلهم :

وإذا تكون كريمة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

فصار بمنزلة متى ومتى ما ، ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس

الوقوف في أخر جزء لا يتجزأ فلم يله إلا الموت وبه تبين (قوله ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة ، وقالوا : تطلق حين سكت لأن كلمة إذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى - إذا الشمس كورت - وقال قائلهم وهو ابن أهر أو حرى بن ضمرة :

(وإذا تكون كريمة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب)

يعني أخاه الصغير ، وما قيل إنه لغترة العيسى فخطأ عند أهل المعرفة بالشأن لانقائه من ديوانه ، ولم يعرف لغترة أخ اسمه جندب أصلا وإنما له أخ من أمه اسمه شيبوب ، ثم لم تكن أمه بحيث تواكل إياه شدادا حيسا لأنها أبعد من ذلك عند من اطلع على قصته ، وقبل البيت المذكور :

هل في القضية أن إذا استغنيم وأنتم فأننا البعيد الأجنب

وإذا الشدائد بالشدائد مرة أشجكم فأننا الهب الأقرب

وإذا تكون كريمة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

هذا وجلكم الصغار بعينه لأم لي إن كان ذلك ولا أب

عجب تلك قضية وإقامي فيكم على تلك القضية أعجب

واعترض بعض المشين بأن كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط ، وجواب الأول علمت وجواب الثاني أدعى ويدعى ، وأيضا نظيره لما بمعنى غير صحيح لأنها لا تتمحض للوقت أبدا ، وهما مبنيان على أن قوله للوقت يعني المحض ، ولا حاجة تدعو إلى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه ، بل المنقول لهما أنه لا يسقط عنها معنى

الشرط بموتها لأنه قادر على إتيانه بصره فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق . قال (ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) أقول : إذا قال لها أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك . فأنما إن نوى شيئا ولم ينو ، فإن كان الأول ، فإن نوى الوقت وقع في الحال ، وإن نوى الشرط وقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملها ونية المحتمل صحيحة ، وإن كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء . قال أبو حنيفة : لم تطلق حتى يموت ، وقالوا : طلقت حين سكت الزوج لأن كلمة إذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين ، واستدل لهما بقوله تعالى - إذا الشمس كورت - لإفادة الوقت الخالص في أمر مترقب : أي منتظر لاحالة ، وبقوله :

وإذا تكون كريمة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

لإفادته في أمر كائن في الحال ، وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما إلى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا ، واستوضح كونه بمعنى متى بقوله (ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام) كما في قوله متى شئت ، ولو كان بمعنى إن يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس كما في إن .

كما في قوله متى شئت . ولأبي حنيفة أن كلمة إذا تستعمل في الشرط أيضا ، قال قائلهم :
واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

الوقت المجرد في المجازة ، فأورد الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط ، وليس لهما حاجة أن يبينها أنها لا وقت المجرد عن الشرط ، بل حاجتهما في إثبات الاجتماع ليكون دفعا ظاهرا لقول الكوفيين (قوله ولأبي حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا) يعنى الشرط المجرد عن معنى الظرفية وإلا لا يفيد . وهذا مذهب نقل عن الكوفيين ، واستشهد بقوله . وإذا تصبك خصاصة فتجمل . حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف ، والظرف إما على حد سواء ، وإما على أنها مجاز . عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ، ولذا صدقه القاضي فدعاه إرادة الشرط المجرد ، وبهذا يقع الفرق لها بين هذه وسئلة الخلف على أن لا يشرب من دجلة حيث صرفها إلى الشرب بالآنية وكرها لأن المجاز هناك غالب . واحتاج أبو حنيفة إلى الفرق لأنه جزم هناك أنها بالمعنى الحقيقي لا هنا ، وفرقه أن حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لأن حكمه أهم من ذلك ومن الشرب اغترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك : أى تاتيئن بحكمها ، بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فإنه يقتضى الوقوع في الحال وهو منافي لحكم المجاز ، وأنت سمعت أن البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وإن استعملت شرطا كنى ، فثبوت الاحتمالين على سواء ممنوع ، وأما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا ، وبتقدير إحداثه بناء على عدم اشتراط النقل في آحاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع . ثم لا يخفى أنه يجب على قولهما إذا أراد معنى الشرط أن لا يصدق القاضي بل يصح ديانة لأن الوجه عندهما ظهورها في الظرف . فإرادته خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصى جيلابته بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها :

أجيب إن أباك كارب يومه	فإذا ذهبت إلى المكارم فاصجل
أوصيك إصباح امرئ لك ناصح	ظن بريب الدهر غير معقل
الله فاتقه وأوف بئساره	وإذا خلقت مماريا فتخلل
والضيف تذكره فإن ميته	حق ولا تلك لعنة للزل

(ولأبي حنيفة أن كلمة إذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل فيها وهو مذهب الكوفيين ، واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه :

واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل
ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة وهى ليست موضع إذا فكانت بمعنى إن ، واستدل على

(قوله ولأبي حنيفة رحمه الله أن كلمة إذا مشتركة ، إل قوله : واستدل على ذلك بقول الشاعر الخ) أقول : وفيه أن ما ذكره على تقدير تسليم صحته لا يدل على الاشتراك ، فإنه يجوز أن يكون استعماله في الآخر مجازا ، والحمل عليه أولى من الاشتراك على ما علم ، ومجيء به سطور (قوله ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة الخ) أقول : فيه كلام (قال المصنف : وإذا تصبك خصاصة فتجمل) أقول : الجزم في قوله تصبك يدل على أنه الشرط .

فلان أريد به الشرط لم تطلق في الحال ، وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال ،

واعلم بأن الضيف مخبر أهله	بميت ليلته وإن لم يسأل
ودع القوارص للصديق وغيره	كحي لا يروك من اللثام العزل
وصل المواصل ما صفا لك وده	واحصلو حبال الخائن المتبذل
واترك عمل السوء لا تحلل به	وإذا نيا بك منزل فاحول
دار الهوان لمن رآها داره	أفراحل عنها كمن لم يرحل
واستأن حليمك في أمورك كلها	وإذا عزمت على الندى فتوكل
واستغن ما أغناك ربك بالغنى	وإذا تصبى خصاصة فتجمل
وإذا هممت بأمر شر فاتشد	وإذا هممت بأمر خير فاصجل
وإذا أتتكم من العدو قوارص	فاقرص لذاك ولا تقل لم أقص
وإذا افتقرت فلا تكن متخشا	ترجو القواصل عند غير المفضل
وإذا تشاجر في فؤادك مرة	أمران فاعمد للأعف الأجل
وإذا لقيت القوم فاضرب فيهم	حتى يروك طلابه أجرب مهمل
وإذا رأيت الباهشين إلى الندى	غسرا أكفهم بقاع محمل
فأعظم وأيسر بما يسروا به	وإذا هوا نزولوا بشنك فانزل

وقد استعمل الشاعر إذا فيها للشرط في اثني عشر موضعا بالجزء ، ودخول فاء الجزاء ، ومعلق من عقلت النافذة بالمعلق ، يريد عقلى بريب الدهر غير ممنوع ، ويجمل : أى أظهر جيلا ولا تظهر جزءا ، وقيل كل الجميل الميمول وهو الشحم المذاب ، وأين هذا من الأول في التأديب . وفي المتنق : لو قال إذا طلقته فأت طالق وإذا لم أطلقك فأت طالق فأت قبل أن يطلق يقع عليها طلاقان لأنه لما مات قبل التطليق حدث في اليمين الثانية ليقع عليها طلاق ، وهذا الطلاق يصلح شرطا في اليمين الأولى ، لأنه وقع بكلام وجد بعد اليمين الأولى فحدث في اليمينين فيقع طلاقان . ولو قلب فقال إذا لم أطلقك فأت طالق وإذا طلقته فأت طالق فأت قبل أن يطلق يقع عليها واحدة لأنه لما مات قبل التطليق صار حائفا في اليمين الأولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا في الثانية لأنه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية ، فالشروط تراعى في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا . وإنما هذا على قول أى حقيقة . أما على قولها فيقعان بعد زمان يسير في الأولى للوجه الأول بعينه ، وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لأنه حدث في قوله إذا لم أطلقك فأت طالق ، وكذا لو لم يسكت حتى مات لأن زمان قوله إذا طلقته فأت طالق زمان يوجد فيه تطليق يقع قبل أن يفرغ منه . وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير : أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك ، وقوله أنت طالق قبل أن أتزوجك إذا تزوجتك ، وإذا تزوجتك فأت طالق قبل أن أتزوجك ، ففي الصورتين

جانب الظرفية اكتفاء بدليها ، وإذا كانت مشتركة لم يميز استعمالها فيهما دفعة (فلان أريد به الشرط لم تطلق في الحال ، وإن أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال ،

بخلاف مسألة المشيئة لأنه على اعتبار أنه لو تعلق لا يخرج الأمر من يدها ، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج الأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال ، وهذا الخلاف فيها إذا لم تكن له نية البتة ، أما إذا نوى الوقت يقع في الحال . ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملها (ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التعليلية) معناه قال ذلك موصولا به ، والقياس أن يقع المضاف فيقعا إن كانت مدخولا بها ، وهو قول زفر رحمه الله لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها . وجه الاستحسان أن زمان

الأولين يقع عند التزوج اتفاقا ، وفي الثالثة كذلك عند أبي يوسف ، وعندهما لا يقع . والأصل أن الطلاق إذا أضيف إلى وقتين أحدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وإن الآخر ينسخ الأول ، وقبل وإذا ظرفان وقبل لا يقبل الطلاق ، وإذا قبله فأضيف إليها . ولهما في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجيح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء ، فالعالم بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأنه قال عند التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك فلا يقع ، أو لأن الآخر هو الإضافة إلى قبل نسخ الأول (وقوله بخلاف مسألة المشيئة لأنه على اعتبار أنها لو تعلق لا يخرج الأمر من يدها وعلى اعتبار أنها للشرط يخرج الأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك) اعترض عليه بأن وقوع الشك في الشرطية والظرفية يوجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال ، لأنه على تقدير الشرطية تحمل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب أن تحرم تقدما للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قال . وأجيب بأن هذا متروك في جميع صور التردد في الأمر ، فإنه لو شك في انتقاض طهارته جاء فيه أن على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه تحمل . ومع هذا لا ترجع الحرمة وإن كان مبنى الصلاة على الاحتياط لأن الشك لا يوجب شيئا إنما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة ، أما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك ، وهناك يقع العمل بالدليل ، والله سبحانه أعلم . واعلم أن ما ذكره المصنف يشكل لأنه سيذكر أن الخلاف فيها إذا لم تكن له نية ، وحينئذ فقتضى الوجه في المشيئة أن على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج ، وكذا إذا علم أنه نوى ولم تدبر نيته لعارض عراه ، وأما إذا عرفت بأن استفسر فقال أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما ولا يخرج الأمر من يدها ، وكذا على قوله لأنه مقرر على نفسه . وإن قال أردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لأنه خلاف الظاهر ، وفيه تحقيف على نفسه . وأما في مسألة الطلاق : أضحى قوله أنت طالق إذا لم أطلقك ، فإن قال عنيث الزمان صدق عندهما ، وإن قال عنيث الشرط لا يصدق عندهما لأنه خلاف الظاهر ، وفيه تحقيف على نفسه . وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما من محتملاتها مع أن في الثاني تشديدا على نفسه (قوله ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التعليلية) المنجزة فقط ، حتى لو كان قال أنت طالق ثلاثا ما لم أطلقك أنت طالق وقت واحدة ، وعند زفر ثلاث (معناه أنه قال ذلك موصولا به) فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا (والقياس أن يقع المضاف أيضا فيقعا إن كانت مدخولا بها) فإن لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده (وهو قول زفر لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل ، وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها . وجه الاستحسان أن زمان

بخلاف مسألة المشيئة لأنه على اعتبار أنه لو تعلق لا يخرج الأمر من يدها ، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج الأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك) وفيه نظر لأن الأمر صار بيدها بقوله إذا ثبت فلا يمكن أن يكون غرضا للأمر من يدها ، وإلا لزم أن يكون الشيء الواحد علة للضدين . والجواب ما قررناه في التقرير فيطلب ثمة (ولو قال لها أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق) واضح وأوله بقوله (موصولا) لأنه إذا قال ذلك موصولا وقتا قياسا واستحسانا لأنه واجد الزمان الخالي عن التعليل .

البرّ مستثنى عن الجين بدلالة الحال لأن البرّ هو المقصود ، ولا يمكنه تحقيق البرّ إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى أصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقا من ساعته وأخواته على ما يأتيك في الإيمان إن شاء الله تعالى (ومن قال لامرأة يوم أترّوجك فأنت طالق فزوجه ليلاطقت) لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه وإذا قرن بفعل يمتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار ، وهذا اليتى به ، ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى - ومن يولم يومئذ دبره - والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار .

البرّ مستثنى بدلالة حال الخالف) لأن الجين إنما تعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البرّ فيه من الزمان (أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقا من ساعته) بر عندنا خلافا لزرر ، فالمراد بالأصل هنا النظر لا أصل القياس لأن الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر (قوله ومن قال لامرأة يوم أترّوجك فأنت طالق فزوجه ليلاطقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار) وهو ظاهر (ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى - ومن يولم يومئذ دبره - والقرار من الزحف حرام ليلا ونهارا - والأفعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخفيف المرأة وتفويض الطلاق كقوله أمرك بيلك يوم يقدم فلان ، واختارى نفسك يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار ، فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها أو نهارا دخل الأمر في يدها إلى الغروب لأنه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه إلى أن يتعين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو . ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والزوج والعاقب والدخول والقعود والخروج فيجب حل اليوم معه على مطلق الوقت لأن ضرب المدة له لغو إذ لا يمتد (والطلاق من هذا القبيل) فيقع ليلا تزوجه أو نهارا ، كذا في عامة النسخ ، وفي الأصل الزوج من هذا القبيل قيل كأنه غلط ، والصحيح الطلاق من هذا القبيل . وفي النهاية : الصحيح الزوج من هذا القبيل ، قال كذا وجدته بخط شيخى ، ولأنه اعتبر

وقوله (وأخواته) يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لا يلبس ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فزعه في الحال ونزل عنها لا يبحث وإن كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالنزع والزول . وقوله (ومن قال لامرأة يوم أترّوجك فأنت طالق) ههنا ثلاثة أفاظ : النهار والليل واليوم ، أما النهار فلبياض خاصة ، وأما الليل فظلمة خاصة وذلك حقيقة ما للغة ، وأما اليوم فإنه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض ، والصحيح وهو مذهب الأكثر أن إطلاقه على مطلق الوقت مجاز لأن محل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة ، وعلى التقديرين لا يتخلو من الظرفية فيرجع أحد معنيه على الآخر بما قرن به . فإن كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمسكنة وغيرها لصحة أن يقال لبست يوما أو ركبت يوما أو سكنت يوما يحمل على بياض النهار لأنه يراد به المعيار ، وهذا اليتى به وإن كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقعود لعدم صحة تقديرها بزمان ، إذ لا يقابل خرجت أو قدمت أو دخلت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى - ومن يولم يومئذ دبره - إلا متحرفا لقول ، الآية والمراد به مطلق الوقت لأن الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان أو نهارا . وقوله (والطلاق من هذا القبيل) يعنى أنه من قبيل ما ليس يمتد فينتظم الليل والنهار يشير إلى أنه اعتبر المظروف دون

قوله فيرجع أحد معنيه (اليتى) أقول : فيه أن هذا على تقدير الاشتراك (قوله يلحقه الوعيد ليلا كان الن) أقول : يعنى القرار .

ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة .

في الكتاب في وزن هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء ، قال في الأيمان : لو قال يوم أكلم فلانا فامرأتى طالق فهو على الليل والنهار ، إلى أن قال : والكلام لا يمتد ، ولأن ذكر الفعل إنما يستقيم من غير تأويل في أثر وجلك لا في أنت طالق ، ولأن ذكر القرآن في قوله إذا قرن يدل على إرادة الزوج لا الطلاق لأن مقارنته اليوم أقوى لأنه على وجه الإضافة والمضاف مع المضاف إليه كشيء واحد انتهى . والأصوب الاعتبار الأول : أعنى اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لأن المقصود بذكر الظرف إفادة وقوعه فيه ، بخلاف المضاف إليه فإنه وإن كان مظهروفا أيضا لكنه لم يقصد بذكر ذلك الظرف ، بل إنما ذكر المضاف إليه ليتبين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب . ولا شك أن اعتبار ما قصد الظرف له لاستسلام المراد من الظرف أمر الحقيق أو المجازى أولى من اعتبار ما لم يقصد له في استسلام حاله . إلا أن بعض المشايخ تساءلوا فيما لم يختلف فيه الجواب : أعنى مايكون به المعلق والمضاف إليه مما يمتد نحو أمرك بيديك يوم يسير فلان ، أو لا يمتد كانت حر يوم يقدم وطالق يوم أثر وجلك فعلاوا بامتداد المضاف إليه وعدمه ، والمحققون ارتفعوا عن ذلك الإيهام . ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار ويشبه كونه وهما ، ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف إليه وهو ما يختلف فيه المعلق والمضاف إليه بالامتداد وعلمه كانت حر يوم يسير فلان .

[فروع] قال أنت طالق إلى شهر تطلق إذا انقضى شهر ، وأوقعه أبو يوسف للحال ، أو قبل قدوم زيد بشهر يقع إذا قدم زيد لشهر مقتصر . وقال زفر مستندا أو قبل موت زيد بشهر فانت لحامه وقع مستندا عند أبي حنيفة وقالا مقتصر على الموت . وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة ، فعند أبي حنيفة تعتبر من أول الشهر ولو كان وطئها في الشهر يصير مراجعا إن كان الطلاق رجعيا ، ولو كان ثلاثا وطئها في الشهر غرم العقر ، وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر ، وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا ، وكذا إذا طلقها بائنا أو ثلاثا أو خالعهما في خلال الشهر ثم مات زيد تمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلاث والبائن ويطلق الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الثلاث بالاستناد ، وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثا . ولو مات زيد قبل تمام الشهر لا تطلق لعدم شهر قبل الموت .

المضاف إليه لأنه تميز المضاف بين سائر الأيام ، ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة ، وكذلك إذا قيل عبيد حر وامرأتى طالق يوم يقدم فلان وأمرك بيديك أو اختارى يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقومه ليلا كان أو نهارا لعموم المجاز ، ولم يكن الأمر والاختيار بيدها بقومه ليلا مع اتحاد المضاف إليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الأول ، وفي اعتبار عامة المشايخ إنما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر إلى حصول المقصود ، وهو ما إذا كان المظروف والمضاف إليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فأنت طالق ، ولهذا لم يعتبر كلهم فيما إذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والأمر باليد إلا المظروف . فإن قيل : اعتبر المصنف المضاف إليه في مسئلة يوم أكلم فلانا فامرأتى طالق مع اختلاف الجواب لأن الكلام مما يمتد . أجب بأن ذلك إنما هو باعتبار أن الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ ، وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود (ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه) وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها .

(فصل)

(ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً ، ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوى الطلاق فهي طالق . وقال الشافعي : يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى ،

ولومات بعد العدة فيها إذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولاً بها فلم تحب عدة لا يقع لعدم الحمل إذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند ، كذا في الجامع الكبير والأسرار . هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الأصح ، وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين . ولو قال أنت طالق قبل موتي أو قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصر كما هو قولهما بعد الموت ، وعنده يقع مستنداً حتى إذا كان صحبها في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض . أما إذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث . ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق أو آخر عبد أملكه حرفتزوج امرأة ثم مات أو ملك عبداً ثم عبداً ثم مات يقع الطلاق والعق عنده مستنداً إلى وقت الملك والزواج ، وعندهما مقتصر حتى يعتبر العتق من جميع المسال إذا كان صحبها وقت الشراء ، فإن كان مريضاً فن الثلث وفي الزوجة الأخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا تنزى منها العدة إذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها ، وإن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث . والفرق لأبي حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف ، كما لو قال إن كان في الدار زيد فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم ، وهذا لأن الموت في الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلاً فأشبهه سائر الشروط في احتمال الخطر ، فإذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لأن الموت كائن لا محالة إلا أن الطلاق لا يقع في الحال لأننا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وأنه غير ثابت والموت يعرفه ، ففارق من هذا الوجه الشرط وأشبهه الوقت في قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ، ولو قال قبل رمضان بشهر وقع أول شعبان اتفاقاً ، ولو قال لهما أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت إحداهما ، فإذا ماتت طلقت الأخرى مستنداً عنده ومقتصرهما عندهما .

(فصل)

فيه متفرقات من الإيقاع لأنه لم يقيد جهة البحث في مسأله بمعارض واحد (قوله ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقها ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوى الطلاق فهي طالق ويقولنا قال أحمد . وقال الشافعي ومالك يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى لأن ملك النكاح : أي الملك الذي يوجبه النكاح

(فصل)

لما كانت إضافة الطلاق إلى النساء مخالفة لإضافته إلى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل أخر متنوعة وكان حقها أن تذكر في مسائل شتى (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً ، ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت . وقال الشافعي : يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى) لأن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين ، فإن الحل مشترك بينهما وهو

(فصل) ومن قال لامرأته

لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين ، وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لإزالتها فيصبح مضافا إليه كما صرح مضافا إليها كما في الإبانة والتحريم. ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ، ألا ترى أنها هي المنوعة عن الزوج والخروج ولو كان لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة الزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت إضافتهما إليهما ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها

مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين ، وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لإزالته فيصبح مضافا إلى كل منهما. وقوله وضع لإزالتها الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه ، وهذا التعليل غير مرضي عند أكثر أصحابه ، قالوا : لو كان كذلك لم يحتاج إلى نية كالإضافة إليها ، واختار عندهم أن على الزوج حجرا من جهتها حتى أنه لا ينكح أختها وأربعا سواها فتصح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد ، لكن إضافة الطلاق إليه غير متعارف فاحتج إلى نية . ولا يخفى أنه يتلغى ما أوردته على الأول بالنكحة الأخيرة إذ يقال تنمى للأول ، وإنما احتج إلى نية في الإضافة إليه لأنه غير متعارف (قوله ولنا) تحقيقه أن الطلاق لإزالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد ، فحل الطلاق محلها وهي محلها دونها فالإضافة إليه إضافة الطلاق إلى غير محله فيلغو بيان أنها محل القيد بأنها القيد بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه ، وملكوها عليه إنما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه لأشور ترجع إلى نفسها فهي المملوكة

ظاهر ، وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب أنها تملك المطالبة بالوطء كما أنه يملك المطالبة بالتمكين ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح (والطلاق وضع لرفع ذلك لاعتادة) وكل ما وضع لذلك صرح مضافا إليه كما في الإبانة والتحريم . ولنا : لا نسلم أن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ، ألا ترى أنها المنوعة عن الزوج والبروز . سلطنا أنه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لأنها مملوكة الزوج مالك ، وهذا لأنها تملك بالنكاح المهر والثقة في مقابلة النكاح ، ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد (قوله ولنا) أي لأنها مملوكة (سميت منكوحة) أي وأرادا عليها ملك النكاح (بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة ، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصحت إضافتهما إلى الزوجين ، ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها)

(قال المصنف : لأن ملك النكاح مشترك) أقول : أي الملك الذي يورثه النكاح (قال المصنف : والطلاق وضع لإزالتها) أقول : قال ابن الحمام : الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهى . وفيه أن الظاهر أنه راجع إلى الملك والحل (قوله وكذلك النكاح) أقول : أي ملك النكاح (قوله ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في) هذا لا يدل على الاشتراك الذي أراد ، فإن المملوك كليهما يذكر في عقد البيع ولا اشتراك (قوله في عقد النكاح والطلاق) أقول : قوله والطلاق تكرار ليدل على التمسك (قال المصنف : ولنا أن الطلاق لإزالة القيد) أقول : كما ينبغي منه لفظ الطلاق كما سبق ذلك في باب إضاح الطلاق (قال المصنف : وهو فيها دون الزوج) أقول : قيل إن الزوج مقيد من جهتها لكان إزالته فيهما ، وليس كذلك مع أنه كلام على السنة مذکور في شرح التكنز لزيلعي . ولك أن تقول : لو كان الزوج مقيدا من جهتها لكان إزالته فيهما ، وليس كذلك مع أنه كلام على السنة على ما يعلم من كلام الشراح (قوله لأن ملك النكاح له عليها في) أقول : ولذا كان الملك له عليها فرفعه يكون بإضافته إلى المملوك ، كما في الإضاح فإن الحق إذا أضيف إلى المولى يلفظ إجماعا (قوله ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد) أقول : لعلها مغالطة فإن المهر والثقة في مقابلة ملك منافع بعضها ، فلو ملكت منافع الزوج أيضا لا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص واحد ، وموضع لفظ قوله في مقابلة النكاح فليعلم ، والأول أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكة وهذا غير جائز كما يأتي نظيره بعد سطور .

(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء . قال رضى الله عنه : هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخره . وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ، ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيها إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء . ولا فرق بين المستلثين . ولو كان المذكور ههنا قول الكل فمن محمد روايتان ،

دونه ، ولهذا ملك هو الزوج بالكتابة ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل احتباسه إياها ، والحل الذى يثبت لها تبع للحل الذى يثبت له ، فإنه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به . وليس الحل هو القيد الذى هو مورد الطلاق ، بل الحل أثره حسب ما حققناه في باب إيقاع الطلاق من أنه المنع الشرعى النخ ، والثابت أثر النكاح ويرجع إلى ما تقدم من أن الثابت تبعاً هل يكون محلاً للطلاق ، بخلاف الإبانة لأنها أى لفظها موضوع لإزالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت إضافتها إلى كل منهما عاملة بحقيقتها ، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملاً بحقيقته ، وسياق تمامه في الكتابات . وأما حجه عن أنها وخامسة فليس موجب نكاحها بل حجر شرعى ثابت ابتداء عن الجمع بين الأختين وخمس لاحقاً للنكاح ، ولهذا لو تزوجها مع أختها معا أو ضم خمساً معها لا يجوز (قوله ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء وكذا طالق أو غير طالق وطالق أو لا ، وبه قالت الأئمة الأربعة . قال المصنف : هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخره . وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ، كذا ذكر قول محمد في كتاب الطلاق من الميسوط فيما إذا قال أنت طالق واحدة أو لا شيء أو ثلاثاً أو لا شيء إنما لا يقع عليها شيء عند أبي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية (ولا فرق بين المستلثين وهما طالق وواحدة أو لا واحدة أو لا شيء ، وخص الخلاف في الأصل بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبي حنيفة لكن صاحب الأجتناس نقل ذكره معه في الجرجانيات ، ولو كان المذكور ههنا قول الكل بسبب أنه لم يذكر

قبل لو كان الزوجان في الإبانة والحل مشتركين لاتحداهن إضافة الإبانة والحرمة إليهما واللازم باطل فكذلك المأزوم ، فإنه إذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع ، ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك أو عليك . وأجيب بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهة دونها فإنه ليس عليها ملك غيره ولا تحمل على غيره مادامت في عصمتها فكانت الوجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها ، وإن كانت في عصمتها فلا بد من ذكر منك أو عليك تعييناً للجهة . وقوله (ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء) ظاهره ، وقوله (ولا فرق بين المستلثين) يعنى بين قوله أنت طالق واحدة أو لا وبين قوله أنت طالق واحدة أو لا شيء في حق التشكيك في الإيقاع أو في حق الوضع . وقوله (ولو كان المذكور ههنا أى في الجامع الصغير) قول الكل فمن محمد روايتان) لأنه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في أنه لا يقع

(قال المصنف : ولا فرق بين المستلثين) أقول : يعنى به فرقا يثبت به حكم يخالف لحكم المسألة الأخرى على ما هو مصطلح الفقهاء في لفظ الفرق (قوله قبل لو كان الزوجان في الإبانة) أقول : والظاهر أن يقال في الوصلة (قوله وأما الزوج فله ملك على غيرها) أقول : يعنى على غيرها من النساء (قوله وقوله ولا فرق بين المستلثين ، إلى قوله في حق التشكيك) أقول : ظاهره لا يلزم كلام محمد رحمه الله .

له أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة « أو » بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق ، بخلاف قوله أنت طالق أولا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع . ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد ، ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ، ولو كان الوقوع بالوصف للفا ذكر الثلاث ، وهذا لأن الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطبيقا واحدة على مامر ، وإذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في أصل الإيقاع فلا يقع شيء

خلافًا ، فعن محمد روايتان . والأوجه كون الروائين في المستثنين وذلك لأنه صرح بخلاف قول محمد في مسألة أو لاشيء فدل على وقافته في هذه المسئلة وهي مسألة أولا ، وإذا لافرق بينهما كان وقافته هنا رواية في وقافته في أو لاشيء وخلافه هناك رواية في مسألة أولا (قوله له) أي ل محمد في إيقاعه به واحدة على هذه الرواية (أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق) يقع به واحدة بخلاف قوله أنت طالق أولا (أو طالق أو غير طالق فإنه لا يقع به بالاتفاق (لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع . ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد) واستدل على هذا بآثار إجماعية : منها أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ، ولو كان الوقوع بالوصف للفا ذكر الثلاث لأنها حينئذ بانت بطالق لا إلى عدة فلم تبقى محلا لوقوع الزائد . ومنها أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله لم يقع شيء ، ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل . ومنها ما لو مات قبل العدد واحدة أو ثلاث لم يقع شيء (وقوله وهذا لأن الواقع في الحقيقة هو المنعوت بالعدد وهو المحذوف) أي طالق تطبيقا واحدة أو ثلاثا أو تطبيقا ثلاثا كما قرره في أول الباب . أما على الإنشاء فلا ، وقد رجح المصنف إلى طريقة الإنشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسألة أنت طالق أمس وقد تزوجها أول من أمس فارجع إليه ، والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الإجماعية الدالة على أن

شيء فكان عند محمد أيضا لا يقع شيء . ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بأن عنده تطلق واحدة رجعية إذا قال أنت طالق واحدة أو لاشيء ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروائين عنه . وقوله (له) أي ل محمد (أنه أدخل الشك) ظاهر . وقوله (ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الوصف) يعني : أنت طالق (متى قرن بالعدد) مثل أن يقول أنت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا (كان الوقوع بذكر العدد) وأطلق العدد على الواحد مجازا من حيث أنه أصل العدد ، ومعنى كلامه أن الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الإيقاع ، فعين الشك الداخل في الواحدة داخلا في الإيقاع فكان نظيره قوله أنت طالق أولا ، وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى) وهو واضح . وقوله (على مامر)

التشكيك عنده في تينك المسائلين إنما هو في العدد دون الإيقاع ، إلا أن يقال : المراد وجودا وحكما (قوله وذلك يستلزم ورود الروائين) أقول : يعني في كل من المسائلين (قال المصنف : ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أولا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع) أقول : كانه لم يظن بالعدد ولا يلزم منه أن يكون ل محمد خلاف في القائمة الغائلة إن الوصف إذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد مطلقا على ما نحن عليه خلافا فيما إذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم لإنشاء كلام القائل مطلقا لقياس (قوله وقوله على مامر

(ولو قال أنت طالق مع موقى أو مع موتك فليس بشيء) لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له لأن موته ينأى الأهلية وموتها ينأى الأهلية ولا بد منهما (وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصا منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه وقعت الفرقة) للمنافاة بين الملكين ، أما ملكها إياه فلا جتماع بين المالكية والمملوكية ، وأما ملكه إياها فلا أن ملك النكاح ضرورى ولا ضرورة مع قيام ملك العيّن فينتفى النكاح (ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء) لأن الطلاق يستدعى قيام النكاح ، ولا بقاء له مع المنافى لامن وجهه ولا من كل وجه ، وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة . وعن محمد أنه يقع لأن العدة واجبة ، بخلاف الفصل الأول لأنه

الواقع العدد عند ذكره لا الوصف (قوله ولو قال أنت طالق مع موقى أو مع موتك فليس بشيء) لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له (وهو موته وموتها ، لأن موته ينأى الأهلية وموتها ينأى الأهلية ولا بد من الأهلية في الموقع والأهلية في الموقع عليها ، وإنما كان حالة موت أحدهما منافية للنكاح لأنها حالة ارتفاع النكاح ، ووقع الطلاق يستدعى حال استقراره ، أو المعنى على تعليقه بالموت وإن كان حقيقة مع القران ، ألا ترى أنه لو قال أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت وهو باطل (قوله وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصا منها) أى سبها بأن كان تزوج أمة لغيره ثم اشتراها جميعا منه أو سبها منها أو وهبها أو ورثها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه بأن تزوجت الحرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منه أو سبها منه أو وهبها لها أو ورثته (وقعت الفرقة) بينهما فسغا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح ، أما في ملكها إياه فلا جتماع بين المالكية والمملوكية فيها ، وقد تقدم تقرير هذا في فصل المهرمات وتحريمه فارجع إليه . وأما في ملكه إياها فلا أن ملك النكاح ضرورى لأن إثباته على الحرة لحاجة بقاء النسل فكان ملك النكاح في الأصل مع المنافى وهو حرية المملوكة للضرورة ، وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك العيّن لثبوت الحل الأقوى به فبرئع الأضعف الضرورى للاستغناء عنه ، وهذا ظاهر في ملك الأمة كلها ، وأما في ملك بعضها فأقيم ملك العيّن مقام الحل لأنه سببه احتياطا ، وهذا بخلاف المكاتب إذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لأنه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك ، وهو لا يمنع بقاء النكاح (قوله ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء) لأن الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافى ، لامن وجهه كما في ملك البعض (ولا من كل وجه) كما في ملك الكل (وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة ، وعن محمد يقع) وإنما قلنا وعن محمد لأنه لا فرق بين

أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد (وقوله فلا جتماع بين المالكية والمملوكية) قد تقدم تقريره مستوفى . وقوله (فلأن ملك النكاح ضرورى) بانه أن ملك النكاح إثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضرورى ، فإذا طرأ عليه الحل القوى وهو ملك العيّن ينفى الحل الضرورى لضعفه . فإن قيل : هذا مسلم فيها إذا ملك الزوج جميع منكوته بملك العيّن ، فأما إذا ملك شقصا منها فينبغى أن لا ينفى الحل الثابت بينهما بالنكاح لأنه لم يطرأ عليه لاحل قوى ولا ضعيف . أجيب بأن ملك العيّن دليل الحل فقام مقامه تيسيرا (ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء) لأن الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافى لا من وجه) يخفى من حيث العدة لأنها أثر من

أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد (أقول : وانظروا أنه إشارة إلى ما ذكر في باب إيقاع الطلاق (قوله بانه) إلى قوله : فإذا طرأ عليه الحل القوى وهو ملك العيّن الخ) أقول : ولعل أن يقول ثبوت ملك العيّن على الأدنى على خلاف القياس أيضا فإنه خلق ملكا فالكبرى ممنوعة . والحق أن مراد المصنف غير ما ذكره فليأتى ، ولو قال وهو على خلاف القياس لحاجة الناس لكان سالما (قوله فقام مقامه تيسيرا) أقول :

الأول احتياطا .

لا عدة هناك حتى حل وطؤها له (ولو قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها مولاهما ملك الزوج الرجعة) لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ ينظمهما والشرط ما يكون معلوما على خطر الوجود

الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية ، والمقتول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيها إذا أعتقته ، أما إذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق ، وتفصيل محمد على هذا أنه لأعدة هناك عليها : يعني منه حتى حل له وطؤها بملك اليقين ، وظاهره أنه يحل تزويجه إياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله في الكافي . قال : لو زوجها سيدها الذي كان زوجها جازنم قال والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر قال : فعلم أنه لا يجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان ، وهذا لأن العدة إنما يجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحمل . وإذا عرفت هذا فعل ما هو الصحيح ينبغي عدم التفصيل لمحمد ، إذ قد ظهر أن العدة هناك أيضا قائمة غير أنها لا تظهر في حقه . وجه قول أبي يوسف أن القرعة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المرأة من أن تكون محلا للطلاق ، وإذا خرجت من المحلية فحاجتنا إلى إثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا يثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد . واعلم أن شمس الأئمة حكى في الميسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما إذا ملكته بل إجراء في الفصلين ، فإنه ذكر مسألة المهاجرة وهي ما إذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولها لم يقع طلاقه . فقال في الميسوط : وقيل هذا قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد ، فأما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه ، ثم قال : وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد ، وفي قول أبي يوسف الآخر يقع ، وكذا الخلاف فيما لو اشترى المرأة زوجها : يعني فأعتقته فحكى الخلاف في الصورتين (قوله وإن قال) أي الزوج لها (وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الرجعة لأنه علق التطليق) إذ هو السبب (حقيقة بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ) أعتق العتق (ينظمهما) أي ينظم الإعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها أثر له ، ومعنى الانتظام هنا صفة إرادة كل منهما به على البذل لأعلى الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمعنى المجازي في إطلاق

آثاره فلا يجب مع وجود المتأني وإلا لكان ملك النكاح باقيا من وجه (ولا من كل وجه) يعني من حيث ملك النكاح ، وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء . وقيل لا من وجه : يعني إذا ملك الشخص ولا من كل وجه : يعني إذا ملك الجميع ، وعلى هذا يتعلق بقوله مع المتأني . وقوله (لأعدة هناك) يعني في حق مولاهما الذي كان زوجها : أي لا يظهر أثر عدتها بدليل حل وطؤها . وأما العدة في نفسها فواجبة ، حتى إنه لو أعتقها ليس لها أن تزوج بآخر قبل انقضاء عدتها . قال (وإذا قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق) وهذا الكلام يحتاج إلى بيان أنه تعليق مع عدم شيء من أداته وأنه تعليق التطليق المذكور دون الطلاق وأنه تعليق التطليق بالإعتاق أو العتق . أما أنه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معلوما على خطر الوجود ولحكم تعاق به والمذكور : يعني بقوله مع عتق مولاك إياك بهذه الصفة لأن الإعتاق من المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الإطلاق يتعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا . وأما أنه تعليق التطليق فلأن تصرف المرأة إنما ينفذ فيها يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه أمرا شرعيا ليس داخل تحت قدرته ، وأشار إلى ذلك بقوله والعلق به

وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التعلق لأن في التعليقات يصير التصرف تطبيقاً عند الشرط عندنا ، وإذا كان التطبيق معلقاً بالإعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطبيق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين . بقى شيء وهو أن كلمة مع القران . قلنا : قد تذكر للتأخر كما

واحد ، والإعتاق معنى مجازى للعتق من استعارة اسم الحكم لليلة ، وعلى هذا فإعماله في لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به إعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبني كلامك زيداً ، وأما على التجويز الآخر وهو أن يراد العتق الذي هو أثر فشكل لأنه قاصر ، وإنما يعمل في المفعول المتعدى وجعل العامل العتق اسماً للمصدر يرده إلى الوجه الأول لأنه يصير معبراً به عن الإعتاق فلم يكن التعليق إلا بالإعتاق فقط . والوجه الثاني هو أن لا يكون كذلك ، بل عن العتق ، هذا معنى الإشكال المذكور في الكافي لحافظ الدين ، والعجب مما نقل في جوابه من قول من قال ليس بمشكل لأنه لما علق التطبيق بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعق الحاصل منه وأين هذا من صحة الإعمال . وأيضاً كان الوجه أن يقول المصنف بالإعتاق ، والعتق بالواو لا بأو . وحاصل تقرير المسئلة أن مع قد تذكر للمتأخر نزيلاً لمنزلة المقارن لتحقيق وقوعه بعده ونبي الرب عنه كما في الآية - إن مع العسر يسراً - فصارت إن محتملة لذلك وإن كانت حقيقتها خلافه فيصير إليه بموجب وقد تحقق ، وهو إناطة بثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعلوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فإن الإناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعلوم كأننا على خطر الوجود من حيث هونماط بوجود حكم هو معنى الشرط فلزم كون الإعتاق أو العتق شرطاً للتطبيق ، فإن كان الإعتاق فيوجد تطبيق الثنتين بعده مقارناً للمتأخر عن الإعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطبيق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وإن كان العتق فأظهر ، هذا تقرير المصنف . وقيل عليه المعلوم مع العلة بقرنان كالعسر مع الانكسار في الخارج ، فالعتق مع الإعتاق والطلاق مع التطبيق بقرنان ، بل الوجه أنه قرن الطلاق بالإعتاق فيكون مقروناً بالعتق وهو ضد الرق ، ووجود أحد الضدين يستلزم زوال الضد الآخر ، ولا يبنى زواله على وجود الآخر ، إذ لا يصح أن يقال وجد السكون فزال الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لأنه يستلزم اجتماع الضدين ، بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق ، فلا توجب التطبيقان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة ، وهذا

التطبيق لأن في التعليقات يصير التصرف تطبيقاً عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع عليه العلة إلى زمان وجوده كما عرف في الأصول . وأما أنه تعليق التطبيق بالإعتاق أو العتق فلما قال لأن اللفظ ينظمهما : أى يتناولهما على سبيل البديل . أما الإعتاق فعلى طريق الاستعارة لما أن العتق لما يتصور في غير القريب إلا بالإعتاق كان من باب ذكر الحكم وإرادة علته . وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو المفوظ فثبت أنه علق التطبيق بالإعتاق أو العتق ، وإذا كان التطبيق معلقاً بالإعتاق أو العتق يوجد بعده لأن الجزاء يعقب الشرط ، ثم الطلاق يوجد بعد التطبيق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخراً عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة . بقى عليه شيء وهو أن كلمة مع للمقارنة فيكون منافياً لمعنى الشرطية . وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى - فإن مع العسر يسراً - إن مع العسر يسراً - فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن قوله مع عتق مولاك إياك لا يصح إلا بمعنى الإعتاق فما وجه الشق الثاني من الترديد ؟ والثاني أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قبل لها وهي أجنبية

في قوله تعالى - فإن مع العسر يسرا - إن مع العسر يسرا - فتحمل عليه بدليل ، إذ كثرنا من معنى الشرط (ولو قال إذا جاء غدا فانت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غدا فانت حرة فجاء الغد لم يحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : زوجها يملك الرجعة) عليها ، لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق ، وإنما يتعقد سببا عند الشرط والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته

ينبئ على أحد القولين في أن المعلوم مع العلة يقترنان في الخارج أو يتعقبا بلا فصل وعلى أن حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود بعد تقرر وعدم خروج مع عن المقارنة . وأطبق العقلاء على أن الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت أن المعنى على خروجها وتقرر الشرط والخفاء يعقبه إذ ليس هو علة ، فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده ، وسندكر ما عندنا في العلة والمعلوم . وأورد على هذا ما لو قال لأجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يأتي فيه التفرير المذكور مع أنه لا يقع إذا تزوجها . وأجيب بأنه المانع وهو عدم ملكه ذلك وإنما يملك العيّن ، فإذا لزم بذكر حره : أعني إن ونحوه بأن قال إن تزوجتك فانت طالق صح ضرورة صحة العيّن ، ومرجع هذا إلى أنه إنما يملك التعليق الصريح قبل النكاح ، بخلاف ما بعده . ولقال أن يقول : الدليل إنما قام على ملكه العيّن المضافة إلى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيفما كان اللفظ ، والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى يحكم ولذا قال في الدراية : هذا الجواب لم يتضح لي فإنه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ، ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يعمل عليه (قوله ولو قال : أي لامرأته الأمة إذا جاء غدا فانت طالق ثنتين ، وقال لها المولى إذا جاء غدا فانت حرة فجاء الغد لم يحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : زوجها يملك الرجعة) ولم بذكر الاختلاف على رواية أبي سليمان بل على رواية الشيخ أبي حفص . وجه هذه الرواية أن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها ، والمعلق إنما يتعقد سببا عند الشرط (والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته

أنت طالق مع نكاحك لأنه يكون بمعنى إن نكحتك لكن لا يقع . والجواب عن الأول أن وجه النظر إلى لفظة العتق لثبتي أثره فيما إذا قال لها أنت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب . وعن الثاني بأن المعلوم عن معنى القران الذي هو حقيقة مع إنما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيها أو تعليقاً مطلقاً ، وفيما ذكرتم ليس كذلك فإنه لا يملك التنجيز ولا التعليق إلا بالنكاح بصريح الشرط ، ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقاً صيانة كلام من ليس كذلك (وإذا قال إذا جاء غدا فانت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غدا فانت حرة فجاء الغد حرمة غليظة) لم يحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : زوجها يملك الرجعة) كما في المسئلة المتقدمة . وإعلم أن دليل محمد على ما ذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الإصلاح بالعناية ، وأنا أذكره بتوضيح تبعاً للمصنف . قال (لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى) معنى يعنى على وجه التعليق (حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى) فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو محيى الغد ، والمعلق بالشرط إنما يتعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكما أيضا (والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته) والحكم لا يتأخر زماناً عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة

أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعق ضرورة فتطلق بعد العقق فصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض . ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العقق ثم العقق يصادفها وهى أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحزمان الأمة حرمة غليظة ، بخلاف المسئلة الأولى لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العقق على ماقررناه ، وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط ، وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ، ولا وجه لى ما قال لأن العقق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقرنان .

أصله الاستطاعة مع الفعل (الذى يقام بها فيقرنان فى الخارج (فيكون التطليق الذى هو السبب مقارنا للعق المقارن للإعتاق فتطلق بعد العقق وصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض . ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العقق ثم العقق يصادفها أمة ، فكذا الطلاق والطلقتان تحزمان الأمة حرمة غليظة ، بخلاف المسئلة الأولى فإنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العقق على ماقررناه ، وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة) ثم رد المصنف قول محمد بقوله (ولا وجه لى ما قال لأن العقق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقرنان) أى فيقرن الطلاق بالعقق فيصادفها على ما صادفها عليه العقق وهى أمة فتحرر ، وحقيقة محل الغلط فى تقرير قول محمد من جعل العقق شرطاً على ما يعطيه قوله والمعلق إنما ينقذ سبباً عند الشرط : يعنى فلا ينقذ التطليق سبباً إلا عند وجود العقق المقارن للإعتاق ، لكنه ليس كذلك بل الشرط محيىء اليوم كما هو الشرط فى الإعتاق ، فإن كانت العلة مع المعلول يلزم أن عند محيىء الغد يقرن كل من التطليق والإعتاق والطلاق والعقق فينزل الطلاق حسباً ينزل العقق وهى أمة فتحرر حرمة غليظة . وإذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر : أحدها أنه اعتبر قول القران فى العقق والتعاقب فى الطلاق فى هذه المسئلة لكون الإعتاق مندوباً فلتعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متأخراً نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفساد يتأخر فيه إلى القبض للمحظر ، وتوضيحه أنه ينزل عند وجود الغد التطليق والإعتاق والعقق مقترنة ، وينزل الطلاق بعدها وهى حرة وهذه فى البين . اعلم أن العقلاء اختلقوا فى العلة مع المعلول ، فذهبت طائفة إلى أن المعلول يعقبها بلا فصل ، والجمهور على أنها معا فى الخارج ، وطائفة منهم خصوا العلة الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لأنها اعتبرت كالأعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الأصل وهو تقدم المؤثر على الأثر ، بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لأنها عرض لا يبق فلم يمكن اعتبار تقدمها وإلا بقى الفعل بلا قسرة ، والنسب تختاره التحقيب

شرعية أو عقلية (أصله الاستطاعة مع الفعل) كما عرف (فيكون التطليق مقارنا للعق) لأن التطليق مقارن للإعتاق على ما ذكرنا والإعتاق مقارن للعق والطلاق يقارن العقق لما ذكرنا أنه علته لا يتأخر عنها فالطلاق يقارن العقق ، وهذا كله صحيح ، وقوله (فتطلق بعد العقق) فاسد لأن الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الإعتاق والإعتاق يقارن العقق فالطلاق يقارن العقق ، فإن المقارن للمقارن لشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده . فإذا كان العلتان والمعلولان معا ، فكما أن الإعتاق صادفها وهى أمة فكذلك التطليق والطلقتان تحزمان الأمة حرمة غليظة ، وظهر من هذا جميع ما ذكره ، وقد ذكر لمحمد أيضا أن قوله أنت حرة أو جزء من قوله أنت طالق ثنتين

(قال المصنف : فتطلق بعد العقق) أقول : قيل أى منه ، كما أن المراد بقوله مع عقق مولاك لىك : أى بعد عقق مولاك ، أو المراد بالعدية الذاتية للعتامل .

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

(ومن قال لامراته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث)

في العلل الشرعية والعقلية حتى إن الانكسار يعقب الكسر في الخارج ، غير أنه لسرعة إحقاقه مع قلة الزمن إلى الغاية إذا كان آتيا لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما ، وهذا لأن المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من أن تكمل هويته ليقوم به عارضه وإلا لم يكن مؤثرا ، والله أعلم . وثانيها أن المعلق كالمرسل عند الشرط فكان المولى والزوج أرسلا عنده فيسبق وقوع الأوجز وأنت حرة أوجز من أنت طالق فثنتين فتطلق بعد الحرية فثنتين فلا تحرم بهما . وثالثها لما تعلقا بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لاقتراهما وجودا ، ولأن الملك كان ثابتا يقيّن فلا يزول بالشك . قلنا : التعلق بشرط واحد يقتضى أن يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتفظظ الحرمة بلا شك فبطل الأخير ، وإطابق المقلد على أن الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ما قبله ، والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضى قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل في أول آن يعقبه لأنه نزول حكم فبطل ما قبلهما ورفع الأثر في البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعا آخر إلى غاية يناسب التأخير إليها أعنى القبض الذي له شبه بالعقد على ما عرفت في الفصل الذي يلي باب المهر . أما ما نحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تأخير ثبوته إليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة في تأخير بل هو محل بالاحتياط فبطل الأول .

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

(قوله ومن قال لامراته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) طعن على محمد في لفظ السبابة إذ الاسم الشرعي المسبحة . وأجيب بأن في بعض النسخ السباحة ، وبأنه ورد أيضا في رواية ابن عباس رضي الله عنهما في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم « أدخل السبابتين في أذنيه » كما قدمناه في كتاب الطهارة وبأن الأعلام لا توجب تحقق معانيها في مسياتها وهذا متنتف ، فإن الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي إلى الشفع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ ، وإلا لو قيل كون الاسم الشرعي في المسيحة يوجب كون الحديث نقلًا من بعض الرواة بالمعنى حملًا على نحائي ابن عباس عنه ، فالأولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها إلى التصحيف وإن كانت هي أيضا غلطًا لعمد من جهة الاشتقاق لأن الفعل سبّح وفعال مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح ، وأما سباح فلأنما هو من سبّح في الماء سباحة ،

وهما : أى الإعتاق والتطليق يوجدان ههذين اللفظين في زمان واحد فيقدم أوجزهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب ، إلا أن قوله في زمان واحد يناقض قوله فيقدم أوجزهما .

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنويه في فصل على حدة لكونه تابعًا (ومن قال لامراته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) ،

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المجهول ، قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » الحديث ، وإن أشار بواحدة فهي واحدة ، وإن أشار بثلثين فهي ثنتان لما قلنا ، والإشارة تقع بالمشورة منها ، وقيل إذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها ، وإذا كان تقع الإشارة بالمشورة منها فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء ، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى ثنتان ديانة ،

ثم شرع في الوجه فقال (لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المجهول) يعني لفظ هكذا ، وهذا غلط لفظاً ومعنى ، أما لفظاً فلأن الـ « كفى » بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الأجزاء نحو « أهكدا عرشك » يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبدا الإشارة وهذا هو المراد هنا وفي الحديث ، فقوله أنت طالق هكذا تشبيه بالعدد المشار إليه وهو العدد المفاد كميته بالأصابع المشار إليه بدا ، بخلاف كذا للكتابة فإنه لم يقصد فيها معاني الإجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس أو غيره كما في الخبر ، يقال للعبد أتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ، ثم يميز هذه ليس إلا ما بين الجنس لا الكمية لأنها وضعت لقصد إيهام الكمية نحو ملكت كذا عبداً ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس هذا استعمالاً عربياً ، وهذا هو غلط المعنى (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشهر هكذا ») البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب ، الشهر هكذا وهكذا وهكذا ، وعقد الإجماع في الثالثة ، والشهر هكذا وهكذا » يعني تمام ثلاثين متفق عليه (وإن أشار بواحدة فهي واحدة ، وإن أشار بالثلثين فهما ثنتان لما قلنا ، والإشارة تقع بالمشورة ، ولو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء ، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف) في الدراية الإشارة بالكف أن تقع الأصابع كلها مشورة ، فالذي يثبت بالنية منه أن تكون الأصابع الثلاث مشورة فقط حتى تقع في الأولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لأنه يحتمل لكنه خلاف الظاهر . وقيل إن أشار بظهورها بأن جعل باطنها إليه وظهرها إلى المرأة فبالمضمومة . وقيل إن كان بطن كفه إلى الساء بالمشورة ، وإن كان إلى الأرض فبالمضمومة . وقيل إن كان نشرها عن ضم بالمشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه إطلاق المصنف ، ولا يخفى أن قوله بالإيهام والسبابة

لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا قرنت بالعدد المجهول (لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما « قال النبي صلى الله عليه وسلم « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وخمس الإيهام في الثالثة » : يعني أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً ، ومعنى خمس قبض (فإن أشار بواحدة فهي واحدة ، وإن أشار بثلثين فهي ثنتان) وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله بالسبابة بأنه اسم جاهل والاسم الشرعي المسبحة . وأجيب بأنه جاء في الحديث السبابة ، روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : كيف الطهور ؟ فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فتوضأ ، فأدخل أصبعيه السبابتين أذنيه لمسح إليهما مية ظهر أذنيه وبالسبابتين ياطن أذنيه » رواه الطحاوي في شرح الآثار . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد . وقوله (والإشارة تقع بالمشورة منها)

(قال المصنف إذا اقترنت بالعدد المجهول) أقول : أحترض بأن الذي يكتفى به عن العدد المجهول هو لفظ كذا لا هكذا ، والتفصيل في شرح ابن الحام ، ويؤيد ما ذكره حوتة الفصل بقوله في تشبيهه إطلاق .

وفي الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه يخالف الظاهر ، ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لأنه لم يقترن بالعدد المبهم فبقى الاعتبار بقوله أنت طالق (ولوذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان باثنا مثل أن يقول أنت طالق باثن أو البتة) وقال الشافعي : يقع رجعيا إذا كان بعد النحول بها لأن الطلاق شرع مقبلا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغوا إذا قال أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك . ولنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه ، ألا ترى أن البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ،

والوسطى ليس بقيد (قوله ولو لم يقل هكذا) يعني قال أنت طالق ، وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لأنه لم يقترن بالعدد المبهم ، وعرفت أن الصواب أن يقال لأنه لم يقترن بالثبوت المتقدم (قوله وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان باثنا مثل أن يقول أنت طالق باثن أو البتة . وقال الشافعي : يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول) وبقوله قال مالك وأحمد ، لأن الطلاق شرع مقبلا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغوا لأنه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه عبود السهو ، وكقوله وهبتك على أن يثبت ملكك قبل القبض أو طالق على أن لا رجعة لي عليك . ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فإنه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال ، وكلما عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة باثنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين ، أما إذا نوى الثلاث فلا تأمل لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض ، ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصريح بني المشروع ، وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل يلزم ضمنا . ويرد عليه أنه لو احتمل البينونة لصحت إرادتها بطالقي وتقدم في إيقاع الطلاق عدم صحته . وأجيب بأن عمل النية في الملقوط لا في غيره ، ولفظ باثن ماصرا لملفوظا باثنية ، بخلاف طالق باثن ، وفيه نظر إذ ليس معنى عمل النية في الملقوط إلا توجيهه إلى بعض محتملاته ، فإذا فرض لفظ ذلك صح عمل النية فيه ، وقد فرض بطالقي ذلك فتعمل فيه النية ، ولا تكون عاملة بلا لفظ بل ربما يعطى هذا الجواب افتقار طالقي باثن في وقوع البينونة إلى النية وليس كذلك وإن قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لأنه قصد تنجيز ما حلفه الشرع باقتضاء العدة ، وبه علله المصنف هناك . ورد عليه أن تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب أن يمنع من صحة اللفظ إذا كان مغيرا . نعم لو كانت البينونة بلفظ باثن على أنه وصف للمرأة كطالقي لا وصف لطلالقي ، لكن ذلك منتف لأنه إذا عاها وصفا المرأة تقع ثنتان ، وهو ما ذكره المصنف بقوله ولو حذى بآنت

ظاهر . وقوله (ولنا أنه وصفه) أي وصف الطلاق (بما يحتمله ، ألا ترى أن البينونة قبل النحول وبعد العدة تحصل به) ولو لم يكن من محتملاته لم يحصل به (فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين) . وإعترض عليه بأنه لو كان محتملا لما لحاز نيتها فيقع بقوله أنت طالق واحدة باثنة إذا نوى وليس كذلك . وأجيب بأن النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع ، ونية البائن من قوله أنت طالق تغير المشروع لأن الطلاق شرع مقبلا للرجعة . ورد بأنه تسليم الدليل الخصم ويحوي إلى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع . وأجيب بأن الفرق بينهما أن الوصف الملقوط أقوى في اعتبار الشرع من النية . بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطبيق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغيره مشروحا وهو عدم اعتبار الكذب ،

(قوله وأجيب بأن الفرق ، إل قوله : بدليل أنه لو قال أنت طالق الخ) أقول : هذا معنى على بقائه قوله أنت طالق على خبره كما قاله البعض

ومسألة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين . أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ، ولو عني بقوله أنت طالق واحدة ويقول بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع (وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن ، وكذا إذا قال أخبث الطلاق (أو أسوأ لما ذكرنا ، وكذا إذا قال طلاق الشيطان

طالق واحدة ويقول بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان ، على أن التركيب خبر بعد خبر لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع ، ولو أمكن أن يقال الإيقاع بيان وصفا لها وطالتي قرينته هاستغنى به عن النية فلم يحتاج إليها كما يحتاج إلى النية لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ، ثم بينونة الأولى ضرورة بينونة الثانية ، إذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف بتاتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية ، وكل كناية قرنت بطالتي يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان (قوله وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على أنت طالق بائن في الأحكام الأربعة وقوع الواحدة بائنة إذا لم ينو شيئا أو نوى ثنتين والثلاث بالبينة ، ولو عني بطالتي واحدة وبأفحش الطلاق أخرى يقع ثنتان ، وإنما وقع البائن لأنه أي الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح في الحال في البائن وموجلا بالانقضاء في الرجعي . وأفضل للفتاوت وهو يحصل بالبينونة فإنه أفحش مما ثبتت به موجلا : أعني الرجعي فصار كقوله بائن ، وكذا إذا قال أخبث الطلاق أو أسوأ . أو أشره أو أخصنه أو أكبره أو أغلظه وأطولوه وأعرضه وأعظمه كلها مثل أفحشه ، وسنذكر جواب أنه لم يقع ثلاث ، وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لأن الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن ، وفي عبارته تساهل إذ ليس الرجعي هو السني بل أعم ، لأنه لو طلقها في الحيف كان رجعيا وليس سنيا .

ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا لتلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بألفاظ الطلاق . وقوله (ومسألة الرجعة ممنوعة) أي لانسالم أنه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة ، ولئن سلم فالفارق أن في قوله أن لارجعة تصريحاً بنفي المشروع ، وفي مسئلتنا وصله بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحاً فيلزم منها نفي الرجعة ضمناً ، وكمن من شىء يثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً ، كذا أفاده شيخه العلامة . وقوله (فتقع واحدة بائنة) يعني فيها إذا قال أنت طالق بائن (إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) أي في باب إيقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صححت لكونها جنسا . وقوله (تطليقتان بائنتان) يعني عندنا . وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعيتان . وقوله (لأن هذا الوصف) يعني قوله بائن أو البتة يصلح لابتداء الإيقاع بأن كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق ، وكذا إذا نوى بنية تطليقة أخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله أنت طالق أنت بائن وكان ينبغي أن يكون أحدهما رجعيا عملا بقوله أنت طالق إلا أننا جعلناه بائنا لعدم الإمكان لأن الثاني يكون بائنا لاحتالة عندنا فيكون الأول كذلك ضرورة إذ لا يتصور بقاء الأول رجعيا إذا صار الثاني بائنا ، وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقاءه رجعيا ، وهذا صحيح ظاهر ، ومن الناس من ذهب إلى أن الأول يقع رجعيا ، فإن أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه ، وإن أراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح . وقوله (وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن في الأحكام

(قوله وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا الخ) أقول : وفيه بحث ، والظاهر أن إطلاق البائن عليه من باب التعليل

أوطلاق البدعة) لأن الرجعى هو السنى فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان باثنا . وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة أنه لا يكون باثنا إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع فى حالة حيض فلا بد من النية . وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق فى حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك (وكذا إذا قال كالجبل) لأن التشبيه به يوجب زيادة لاحتمال ذلك وبإثبات زيادة الوصف ، وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا ، وقال أبو يوسف : يكون رجعيا لأن الجبل شئ واحد فكان تشبيها به فى توحده (ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كالف أو مل البيت فهى واحدة باثنة إلا أن ينوى ثلاثا) أما الأول فلائنه وصفه بالشدة وهو البائن لأنه لا يمتثل الانتفاض والارتفاض ، أما الرجعى فيحتمله ، وإنما تصح نية الثلاث للذكر المصنوع ،

وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة لا يكون باثنا إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع فى الحيض كما تكون بالبينونة فلا بد من النية . ولو قال أفصح الطلاق ، فعند أبى يوسف رجعى لاحتمال الفصح الشرعى والطبيعى بأن يطلقها فى وقت بكرة فيه الطلاق طبعيا ، وكذا ذكر ، وكأنه الطهر الخالى عن الجماع فتجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية ، أو يراد وقت تنقضى ٧ نفرة الطباع فيه عن الطلاق ، وعند محمد بائن حلاله على المنهى عنه (قوله وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا) لما ذكرنا فى وجه الرواية عن أبى يوسف (قوله وكذا إذا قال كالجبل) لأن التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فتصح بإثبات زيادة الوصف البينونة (وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا ، وقال أبو يوسف : يكون رجعيا لأن الجبل شئ واحد فكان التشبيه فى توحده) يعنى يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك : قلنا المعروف الذى هو كالصريح أن التشبيه بالجبل إنما يراد فى الثقل أو العظم فيثبت المشترضية للفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه وبين الله تعالى ، أما القاضى فلا يصدق فيه (قوله ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كالف أو مل البيت فهى واحدة باثنة إلا أن ينوى ثلاثا أما الأول) وهو قوله أشد الطلاق (فلائنه وصفه بالشدة) فإن قيل : بل بالأشدية فيجب وقوع الثلاث ، وكذا كل ما كان مثله مثل أفصح الطلاق . أجب بأن أفعل يراد به أيضا الوصف كقولهم : الأشج والناقص أعدلا بنى مروان : أى عادلاهم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال ، ولا يخفى أن الاعتبار بالظاهر ولما ثبت البائن كالجبل مع احتمال إرادة كون وجه التشبيه الوحدة ، والأوجه أن هذا الاحتمال يحمل ظاهرا لحمة الثلاث فيصار إلى الوحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية . ثم قوله (وإنما تصح نية الثلاث للذكر المصنوع) فإن المعنى طالق طلاقا هو أشد

الأربعة وهى قوله فتقع واحدة باثنة إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ، ولو نوى الثلاث فلائث ، ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة ويقول أفحش الطلاق واحدة أخرى يقع تطليقتان ، وكذا الجواب فى قوله أحبب الطلاق أو أشده أو أكبره أو أسوأه ، لأن الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة فى الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس ، وما هو غير محسوس وإنما يعرف بأثره فصاركأنه قال أنت بائن . فإن قيل : أفحش وأشد ونحوهما أفعل التفضيل فيقتضى فاحشا وأفحشا ، والقاحش هو البائن ، والأفحش منه هو الثلاث فينبغى أن تقع الثلاث به نوى أولم ينو . أجب بأن أفعل قد يكون لإثبات أصل الوصف من غير زيادة كقوله :

ووجه الجواز عدم ظهور أثر رجعى (قال المصنف : أما الأول فلائنه وصفه بالشدة) أقول : فيه إجازة إلى أن الأخذ بمعنى الشدة (قال المصنف للذكر المصنوع) أقول : يعنى تقديرا إذ المعنى طالق طلاقا أشد الطلاق .

وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى ، يقال هو كآلف رجل ويراد به القوة فتصبح نية الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما . وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما إذا قال أنت طالق كعدد ألف ، وأما الثالث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرة ، فأى ذلك نوى صحت نيته ، وعند انعدام النية يثبت الأقل . ثم الأصل عند أبي حنيفة أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بانثاء : أى شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر

الطلاق . والحاصل أن أفضل التفضيل بعض ما أضيف إليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق (قوله وأما الثاني وهو قوله كآلف فقد يراد به التشبيه في القوة) كما يقال زيد كآلف رجل : أى بأسه وقوته كآسهم وقوتهم ، وقد يراد به التشبيه في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث اتفاقا فتصح نية كل من الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما ، وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد ألف ، ومعلوم أن التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص الكمية ، وإلا لقال أنت طالق ألفا إذ لا معنى لقوله ألف تشبه هذه الألف فإنه يستقيم في الكثرة : أى طالق عددا كثيرا ككثرة الألف والكثرة التي تشبه كثرة الألف ما يقارها فلا بد أن يزيد على اثنين فيقع الثلاث . قلنا : كون التشبيه به في القوة أشهر فلا يقع الآخر إلا بالنية ، بخلاف عدد الألف ، وعلى هذا الخلاف مثل ألف ، أما لو قال واحدة كآلف فهي واحدة بآنية الإجماع . ولو شبه بالعدد فيها لأعده به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبي يوسف رجعية ، واختاره إمام الحرمين من الشافعية لأن التشبيه بالعدد فيها لأعده له لغو ولا عدد للتراب : وعند محمد يقع الثلاث وهو قول الشافعي وأحمد لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة . وفي قياس قول أبي حنيفة واحدة بآنية لأن التشبيه يقتضى ضربا من الزيادة كما مر . أما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد ، وعنه في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث . والفرق له بين هذا وبين قوله كآلف أن الألف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة ، بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور . ولو قال كآلف فهي واحدة بآنية عند أبي يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث ، وهذا ضعيف لأنه تشبيه العدد بالعدد في خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفا . وفي كآلى الحاكم ! لو قال أنت طالق أكثر الطلاق فهي ثلاث لا يدين فيها إذا قال نويت واحدة اهـ . ولو أضافه إلى عدد معلوم النية كعدد شعر بطن كفى أو مجهول النية والإثبات كعدد شعر إبليس أو نحوه تقع واحدة أو من شأنه البتوث لكنه كان زائلا وقت الحلف يعارض كعدد شعر ساقى أو ساقك وقد تنورا لا يقع لعدم الشرط (قوله وأما الثالث) هو قوله ملء البيت فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرة فأى ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الأقل وهو ظاهر (قوله ثم الأصل) الأصل أنه إذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع

الناقص والأشج أعدلا بنى مروان وهو مشهور سمي للإضافة بالمعنى الثاني ، وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح ،

(قال المصنف : يقال هو كآلف ويراد به القوة) أقول : فيه أن قوة الإلف أن لا تخلى حتى تنكح زوجا غيره (قال المصنف : ثم الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بانثاء أى شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر (أقول ، قال الإمام الخميني : لأن الشيء قد يشبه بغيره لعظمه وقد يشبه لحقارته ، والحقير مكروه عادة والبائن مكروه ، فيكون عبارة عن البائن انتهى . فيه أن الشكل الثاني

لما مر أن التشبيه يقتضى زيادة وصف . وعند أبي يوسف أن ذكر العظم يكون باثنا وإلا فلا أى شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد . أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة . وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع باثنا وإلا فهو رجمي . وقيل محمد مع أى حنيفة ، وقيل مع أى يوسف . وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل (ولوقال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة باثنة) لأن ما لا يمكن تداركه يشترك عليه وهو البائن ، وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض .

عليك أو على أى بالخيار وإن كان يوصف به ، فلما أن لا يثنى عن زيادة في أثره كقوله أحسن الطلاق أسنه أجله أعدله خيره أكمله أمه أفضله فيقع به رجميا وتكون طالقا للسنة في وقت السنة ، وإن نوى ثلاثا فهي ثلاث للسنة . وفي مختصر الطحاوى : لوقال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت طالقا ومالك رجعتها حائضا كانت أو غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة . قال : وروى أصحاب الإمام عن أبي يوسف أنها طالق تطليقة للسنة ، كما لو قال أنت طالق أحسن الطلاق أو يثنى كاشده وأطولوه يقع به باثنا ، وأما تشبيه فكلتمهم على أنه بائن عند أبي حنيفة أى شيء كان المشبه به كراس إبرة وكعبة خردل أو كسمسة لاقتضاء التشبيه الزيادة . وعند أبي يوسف إن ذكر العظم فكذا ، وإلا فرجمي أى شيء كان المشبه به ولو كان عظما لأن التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم لازمة زيادة لا محالة . وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن وإلا فرجمي ذكر العظم أو لا . وبيان الأصول في مثل رأس إبرة عند أبي حنيفة بائن . وعند أبي يوسف رجمي إلا أن يقول كعظم رأس إبرة فيجئد هو بائن وعند زفر رجمية . وفي كالجبل بائن عند أبي حنيفة وزفر ، رجمي عند أبي يوسف إلا أن يقول كعظم الجبل ، ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل . وقول محمد قيل مع أى حنيفة وقيل مع أى يوسف ، هذا كله عند عدم النية . أما لو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لأن الواقع بها بائن والبينونة تنوع إلى غليظة وخفيفة . وفي شرح الكنز كالتلج بائن عند أبي حنيفة ، وعندهما إن أراد به بياضه فرجمي وإن أراد به برده فبائن اه . وهذا يقتضى أن أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة ، وكلما يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه ، والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة باثنة ، لأن ما لا يمكن تداركه يشترك عليه وهو البائن ، وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض) فهو

وذكر الأصل الذى يبقى عليه أقوالهم وهو أيضا واضح . وقوله (وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة) يقع به واحدة باثنة عند أبي حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبي يوسف ، وقيل مثل عظم رأس الإبرة يقع به واحدة باثنة عند أبي حنيفة وأبى يوسف ومحمد . (وقوله مثل الجبل) يقع واحدة باثنة عند أبي حنيفة وزفر ومحمد إن كان مع أبي حنيفة . وقوله (مثل عظم الجبل) يقع به واحدة باثنة بالاتفاق ، أما عند أبي حنيفة فلو جود التشبيه ،

لا ينتج إذا ما يختلف مقدمته في الكيف مع أن الحقير قليل الأثر عادة والرجمي كذلك فيكون عبارة عن الرجمي (قال المصنف : لما مر أن التشبيه الخ) أقول : قيل ثمانية أسطر (قال المصنف : وعند أبي يوسف رحمه الله أن ذكر العظم يكون باثنا وإلا فلا أى شيء كان المشبه به) أقول : قال ابن الممام : وفي شرح الكنز لقرئى : كالتلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما إن أراد به بياضه فرجمي وإن أراد به برده فبائن انتهى . وهذا يقتضى أن أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة ، وكلما يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه انتهى . وأنت خير باحياج صحة التظريع بقوله وكذا الخ إلخ توجيه .

وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو ، ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صححت نيته لتنوع البيئونة على مامر والواقع بها بائن .

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

(وإذا طلق رجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها) لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلاثا

البائن أيضا (وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو) وفي الكافي للحاكم : لو قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وإن نواها لأن الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان الشيء الواحد فكأنه قال طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث (قوله ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صححت نيته لتنوع البيئونة الخ) أراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه وطلاق الشيطان والبدعة وأشدّه كالفومل البيت ومثل رأس إبرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنها كلها بوائن والبيئونة تنوع إلى خفيفة وغليظة ، وكذا ذكر المصدر الشهيد . وقال العتاي : الصحيح أنه لا تصح نية الثلاث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنه نص على التطليقة وإنما تتناول الواحدة ونسبه إلى شمس الأئمة ورجع بأن النية إنما تعمم في المحتمل ، وتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلاث .

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الأصل لأن الأصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض (قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا) أي تطليقا ثلاثا على ما بيناه في الفصل ، وفي باب إيقاع الطلاق أن

وأما عند أبي يوسف فلذكر العظم ، وأما عند زفر فلكون الجليل مما يوصف بالعظم عند الناس ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الأصل وله أحكام جمّة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الأصل (إذا قال لغير الملبوسة أنت طالق ثلاثا وقعن) وقال الحسن البصري : يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبين بها لا إلى عدة . وقوله ثلاثا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع به شيء ، كما لو قال أنت طالق طالق طالق . ولنا ما ذكر في الكتاب وهو لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا : يعني قبل هذا أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الخ ، وإنما يقدر المصدر محذوفا لأن الوصف نعمت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد ، والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه ، فإذا

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

(قال المحقق : لأن الواقع مصدر محذوف) أقول : فيه تسامح ، والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته (قوله لدلالة الوصف عليه)

على ما بيناه ، فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة (فإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الأولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة (وكذا إذا قال لها أنت طالق

الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق بثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره ، وبه دفع قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد أنه لا يقع عليها واحدة لبيوتها بطلاق ولا يؤثر العدد شيئا . ونص محمد قال : إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وإن دخل بها أو لم يدخل سواء ، ثم قال : بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين ، ولا ينافي قول الإنشاء أن يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع على ذكر العدد وكونه وصفا لمخوف ، أما لو قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات فإنه يقع الثلاث عند الكل . (قوله وإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية) وذلك كقوله أنت طالق طالق طالق لأنه ليس في آخر الكلام ما يغير أوله ليتوقف أوله فلم يقع بطلاق الأول شيء . فإن قيل : لو قال بالواو طالق وطالق وطالق واحدة واحدة وواحدة فالحكم كذلك مع أن الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق إذ الحاصل به كالحاصل بطلاق ثلاثا ، وحكمهما مختلف لأن التفريق تبين بواحدة فينبغي أن يتوقف المصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد . قلنا : الجمع الذي يبين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المخيرة له كلفظ ثلاثا ونحوه ، وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات في معنى العامل أهم من كونه على وجه المعية وعلى تقدم بعض المتعاطفات بها في تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتيب المتعاطفات على الترتيب المنطقي وعكسه أفراده ، ولا دلالة للأعم على الأخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ، ولأن الحكم بتوقف الصدي يتوقف على الحكم بأنها في التركيب للمعية . وإذا علمت أنها لا تعرض إلا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذي هو المعية بعينه ، وليس هو بأولى من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل ، وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالأولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب . فاندفع ما قيل : لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب : وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها إذا قال أنت طالق إحدى وعشرين ووقوع الثنتين في قوله لها أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب إيجاب الواو المعية بل لأنه انحصرها بلفظ به إذا أراد الإيقاع بهذه

كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة ولا إذا عذد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة وصار الكل كلاما واحدا ، ولا كذلك أنت طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد إيقاعا على حدة وتبين بالأولى ، ولا تقع الثانية إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لأن الثانية صادفتها وهي

أقول : يعني بطريق الانقضاء (قوله ولا إذا عذد الطلاق وهو غير مشروع) أقول : قيل إن أريد الزيادة وقوما فلا تسلم ذلك ، لأن الواقع ثلاث لأخبر كما إذا قال لمدخول بها أنت طالق أنا ، وإن أريد الزيادة لفظا فلا تسلم كونه محذورا (قوله ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا الخ) أقول : والله أن تقول : لم لا يجوز أن يكون من قبيل قوله صلى الله عليه وسلم فتكأها باطل باطل باطل ، وإحاطة كونهها جملا لا يحصى نعم إذ الطلاق لا يثبت بالملك مع أن الجلف خلاف الأصل ، واللاق يحال المسلم أن لا يصح الثلاث في وقت ، ثم قلنا لا تظهر في المدخولة فتأمل (قال المصنف : إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره) أقول : سيأتي في هذه الصحيفة أمثلة .

واحدة وواحدة وقعت واحدة) لما ذكرنا أنها بانت بالأولى (ولو قال لما أنت طالق واحدة فانت قبل قوله واحدة كان باطلا) لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد ، فإذا مات قبل ذكر العدد فانت قبل الإيقاع فبطل (وكذا لو قال أنت طالق تنتين أو ثلاثا) لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى (ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة) والأصل أنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرها كقوله جاعف زيد قبله عمرو ، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان

الطريقة ، وهو يختار في التعبير لغة وإن لم يكن مختارا في إحدى وعشرين شرعا إلا أن الشرع لم ينف حكمه إذا تكلم به . وذكر شمس الأئمة في المسئلة خلاف زفر فلا يقع عنده إلا واحدة لوجود العطف فيسبق الواقع الأول . أما لو قال أنت طالق إحدى عشر فإنه يقع الثلاث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها إذا قال لما أنت طالق ثلاثا إن شئت فقلت شئت واحدة وواحدة وواحدة لأن تمام الشرط بتأخر كلامها ، وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء . وأعلم أن شمس الأئمة حكى بين أبي يوسف ومحمد خلافا في نحو أنت طالق وطالق وطالق أن عند أبي يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثاني ، وعند محمد بعد فراضه منه بلواز أن يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجع في أصوله قول أبي يوسف أنه ما لم يقع الطلاق لا يفوت المحل ، فلو توقفت وقوع الأولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلاث حال التكلم بها . ولا يخفى أن النظر إلى تعليل محمد بتجويز أن يلحقه مغير يفيد أن المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فإن مقتضاه إنما هو أنه إذا ألحق تبين عدم الوقوع وإذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالأول ، وهذا لا ينفى أبو يوسف فلا خلاف في المعنى بينهما (قوله وهذه) أي المسائل الثلاث (تجانس ما قبلها من حيث المعنى) وهو فوات المحل عند الإيقاع فلا يقع شيء غير أن فواته في هذه بالموت فلا يقع شيء كما لو قال أنت طالق إن شاء الله فانت قبل أن يقول إن شاء الله لا يقع عليها شيء وفيها قبلها بالطلاق فيقع الأول دون ما بعده (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة ، والأصل فيه أنه إذا ذكر شيئين وأدخل بينهما ظرفا إن قرنها بهاء الكناية) أي أضيفت كلمة الظرف إلى ضمير

مبانه ، كما لو قال أنت طالق واحدة وواحدة (ولو قال أنت طالق واحدة فانت قبل قوله واحدة بطل لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد ، فإذا مات قبل ذكر العدد فانت قبل الإيقاع فبطل ، وكذا لو قال أنت طالق تنتين أو ثلاثا لما بينا) أنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد (وهذه) أي هذه المسائل الثلاث وهي قوله أنت طالق واحدة فانت قبل قوله واحدة ، وكذا لو مات قبل قوله تنتين أو مات قبل قوله ثلاثا (توافق ما قبلها) وهو قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقمن (من حيث الدليل) وهو أن الواقع فبيها جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده ، إلا أن الحكم اختلف لما أن ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق أصلا ، وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة) أعلم أن كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير

(قال المصنف : وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى) أقول : قال ابن القيم : وهو فوات المحل عند الإيقاع انتهى . وهذا معنى حل. أن يكون ما قبلها إشارة إلى ما في سين فإن فرق الطلاق (قوله توافق ما قبلها إلى قوله من حيث الدليل) أقول : قوله من حيث الدليل متعلق بقوله توافق (قوله وهو أن الواقع فيها جميعا ذكر العدد) أقول : المراد من الذكر المذكور : أي العدد المذكور .

صفة للمذكور أولاً كقولهم جاءني زيد قبل عمرو ، وإيقاع الطلاق في الماضي لإيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في وسعه فالقبليّة في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بالأولى فلا تقع الثانية ، والبعديّة في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لأن القبليّة صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال ، غير أن الإيقاع في الماضي لإيقاع في الحال أيضاً فيقرنان فيقعان ، وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لأن البعديّة صفة للأولى فاقضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع الأخرى قبل هذه فتقرنان (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان) لأن كلمة مع للقران . وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة

الأولى كانت صفة للمذكور آخر كجاءني زيد قبله عمرو ، وإن لم يقرنها بها بل أضيفت إلى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للأول بالضرورة ولأنها حينئذ خبر عنه . أما إذا قرن بها ارتفع عمرو المتأخر بالابتداء ويكون الطرف خبره والخبر وصف للمبتدأ ، وحينئذ القبليّة في واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة في اللفظ : أعني المضاف إليها لفظة قبل قد يلحقها الثانية ، وفي قبلها واحدة صفة للأخيرة لأنها المبتدأ الخبر بالطرف عنه والجملة موصوف بمضمونها واحدة الأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بقبليّة أخرى لها ، ولا يقدر عليه إذ لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الإيقاع في الماضي لإيقاع في الحال فيقرنان فيقعان . وإذا كان الطرف لفظة بعد ففي واحدة بعد واحدة يكون صفة للأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى وهو معنى قبليّة أخرى لها ، ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق للوجود على الموجود فيقرنان فيحكم أن الإيقاع في الماضي لإيقاع في الحال فيقعان ، وفي واحدة بعدها واحدة أوقع واحدة موصوفة ببعديّة أخرى ظا فوقت الأولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها . وأما إذا قال واحدة معها واحدة أو مع واحدة فلا فرق في الحاصل لأن مع للقران فيتوقف الأول على الثاني تحقيقاً لمنها . وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة تقع واحدة لأن الكناية تستدعي سبق المكني عنه . قلنا : وقد وجد وهي واحدة التي هو مرجع الضمير إذ قد سبق لفظها غير أنه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق الحكم الذي هو مقتضاها من حيث هو منفرد لفظاً وإن غني سبق وجوده فممنوع ، ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوماً :

في فتي علق الطلاق بشهر . . قبل ما بعد قبله رمضان

فلذا قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة ، وإذا قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعد واحدة وقعت ثنتان ، وذلك مبني على أصليّن ذكرهما المصنف في الكتاب : أحدهما أن الطرف إذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده ، وإذا لم يقيد كان صفة لما قبله . والثاني أن الإيقاع في الماضي لإيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في سعة ، فإذا قيل لغير المدخول بها أنت طالق واحدة قبل واحدة كان الطرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الأخرى فيفوت أهل وتلغو الثانية ، وإذا قال قبلها واحدة يكون صفة الثانية فاقضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال ، والإيقاع في الماضي لإيقاع في الحال فيقرنان في الوقوع ، والبعديّة في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضى إيقاع الأولى في الحال وإيقاع الثانية قبلها فيقرنان كما مر . وفي قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالأولى وتلغو الثانية لقوات الحلية (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة وقعت ثنتان) لأن كلمة مع للقران فتتوقف الأولى على الثانية تحقيقاً لمراده فوقها معاً . وعن أبي يوسف

لأن الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لامحالة ، وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبى حنيفة ، وقالوا : تقع ثنتان ، ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين) بالاتفاق .
لها أن حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما إذا نص على الثلاث أو آخر الشرط .

وصوره ثلاث : لأنه إما أن يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما ؛ ففى الجمع كاليث يلقى قبل ببعده فيبقى شهر قبله رمضان فيقع فى شوال ، وفى نحوه ثلاث صور أخرى وذلك لأنه لا يتخلو من أنه إذا كرر لفظة قبل مرة واحدة أن يتخلل بينهما بعد كما فى البيت وقد عرفت حكمه ، أو لا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو فى شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع فى ذى الحجة ، ومن أنه إذا كرر لفظة بعد مرة واحدة أن يتخلل بينهما قبل قلب البيت . وحكمه أنه يلقى بعد يقبل فيبقى شهر بعد رمضان فيقع فى شعبان ، أو لا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو فى شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع فى جمادى الآخرة (قوله وفى المدخول بها) يعنى أن ما ذكرناه من التفصيل فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو فى غير المدخول بها . أما فى المدخول بها فيقع ثنتان فى الوجوه كلها : أى فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة . واستشكل فى واحدة قبل واحدة لأن كون الشيء قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكره محمد فى الرياضات نحو قوله تعالى - فتحرير رقبة من قبل أن يماس - لتفد البحر قبل أن تفد كلمات ربى - وقول النبي صلى الله عليه وسلم - خللوا أصحابكم قبل أن يتخللها نار جهنم وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهراً وإن لم يستدعه لامحالة ، والعمل بالظاهر واجب ما أمكن (قوله ولو قال لها) أى لتغير المدخول بها (إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبى حنيفة ، وقالوا ثنتان) ولو قدم الجزء فقال أنت طالق واحدة وواحدة ، فإن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق .
لها أن الواو للجمع المطلق : أى لجميع المتعاطفات بما قبلها وما بعدها فى الحكم سواء كان عاملاً كجاء زيد وعمر

فى قوله معها أنها تقع واحدة لأن الكناية تستدعى سبق المكنى عنه وجوداً ، ، وذلك فى الطلاق بالوقوع . وقوله وفى المدخول بها يقع ثنتان فى الوجوه كلها) أى فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى . قال (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة) أقول : إذا علق بالشرط عدداً من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو ، فإما إن قدم الشرط أو أخره ، فإن كان الثانى كما إذا قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق ، وإن كان الأول كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فكللك عندهما . وقال أبو حنيفة يقع واحدة (لها أن الواو للجمع المطلق) وقد دخلت بين الأجزء فيجمع بينهما فيتعلقن جميعاً ويتركن جملة ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً

(قال المصنف : وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها) أقول : قال ابن الهمام : واستشكل فى واحدة قبل واحدة لأن كون الشيء قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكر فى الرياضات نحو - فتحرير رقبة من قبل أن يماس - لتفد البحر قبل أن تفد كلمات ربى - وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهراً وإن لم يستدعه لامحالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن انتهى ؛ وفيه تأمل .

وله أن الجمع المطلق يحتمل القرآن والترتيب ، فعلى اعتبار الأول تقع ثنتان ، وعلى اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة كما إذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك ، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام

أو لا كزيد وعمر وبكر جامعا مطلقا : أى بلا قيد معينة أو ترتب بل أعم من ذلك يصلح مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما إذا جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثنتين ، وكما إذا أخر الشرط والمسئلة بجاهلها ، وهذا التفريق اللفظي لا أثر له لأنه في حال التكلم يتعلق الطلاق لا في حال التطبيق تنجيذا ، بخلاف قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة وواحدة لأنه في حال الإيقاع ولا موجب لتوقف الأول فيقع ، أما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم ينزل كذلك فيقع الكل ، ولو سلم التعاقب في التعليق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل بأيمان تسخطها أزمنة ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم بعد زمان قال إن دخلت فأنت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا . وقول المصنف كما إذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلق ويقع (قوله وله أن الجمع المطلق) الذى هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال أن يراد من حيث هو في ضمن القرآن أو الترتيب . وهذا لأنه لا يراد في الاستعمال الخاص الأعم إلا من حيث هو في ضمن أحد أخصائه ، وعلى الاعتبار الثانى وهو أن يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع إلا واحدة . كما إذا نجز الثلاث بالواو لغير المدخول بها يقع واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل ، فهكذا هذا لأنه حينئذ يكون المراد إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة أخرى وبعدها أخرى ويفوت المحل بالأولى ، وعلى اعتبار إرادة العمية ينزل الكل ولا تبين لأحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لا بد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك . وتقرير الأصول أن الأول تعلق قبل الثانى لعدم ما يوجب توقفه ، وتعلق الثانى بواسطته والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذى وقع عليه التعلق ، بخلاف مسئلة تكرار الشرط لأن تعلق الثانى بغير شرط الأول ليس بواسطة الأول لأن كلا منهما جملة مستقلة ، فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس منها شىء بواسطة شىء فينزل جميعا عند الشرط ، وبخلاف ما إذا تقدم الجزء لأن تأخر الشرط موجب لتوقف الأول لأنه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة . ونقض بما لو قال لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق واحدة لأبل ثنتين فدخلت يقع ثلاث ، ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة . وأجيب بأن لأبل لاستدراك الغلط بإقامة الثانى بدل الأول . ولا يمكن فى الطلاق فيتعلى الأول ويصح تعلق الثانى لبقاء محل التعليق بعد تعلق الأول فيتعلى بلا واسطة كأنه أعاد الشرط لتعليق ثنتين وجمعه يمينين ، فإذا وجد الشرط وقع الكل جملة ، بخلاف ما إذا نجز لأنها بآنت بالأولى فلم تبق عللا لإيقاع الثنتين وقولها أرجع . وقوله تعلق الثانى بواسطة تعلق الأول ، إن أريد أنه علة لتعلقه فممنوع بل علة جمع الواو إلى الشرط ، وإن أريد كونه سابقا لتعلق سلمناه ، ولا يفيد كالأيمان المتعاقبة ، ولو سلم أن تعلق الأول علة لتعلق الثانى لم يلزم كون نزوله علة لنزوله إذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم فى التعلق ، وليس نزوله علة لنزوله ، بل إذا تعلق الثانى

لأن الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، وكما لو أخر الشرط فإن تأخيرها لا يغير موجب الكلام . وله أن الجمع المطلق يحتمل القرآن والترتيب لأن تحققه في الخارج لا يمكن إلا بأحد الوجهين . وعلى اعتبار الأول تقع الجملة ، وعلى اعتبار الثانى لا تقع إلا واحدة ، كما إذا نجز بهذه اللفظة بأن قال ما أنت طالق واحدة وواحدة فإنه لا يقع إلا واحدة بالاتفاق فكان في الزائد على الواحدة شك فلا يقع ، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر

فيتوقف الأول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيها إذا قدم الشرط فلم يتوقف. ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيها ذكر الكرخي، وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح.

بأى سبب كان صار مع الأول متعلقين بشرط، وعند نزول الشرط ينزل المشروط. وتقرير المصنف رحمه الله أقرب، ولا يرد عليه مسألة الأيمان. فإن قيل: قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بأنه لاشك في تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالأيمان المتعاقبة بشرط واحد. قلنا: الترتيب الذي يراد بالواو يقتضى كما قررناه أن وقوع كل مقدم جزء شرط ووقوع المتأخر، فإن معناه: إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخر إلا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متأخر، بخلاف الترتيب الذي اتفق في الأيمان فإنه ليس الشرط في الكل إلا شرط الأول فقط، فإذا وجد الدخول مثلاً فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلاقات الثلاث. وعلى هذا الخلاف مآل قال لغير المدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق وأنت على كظهر أى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والإيلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلاً للظهار والإيلاء. وعندهما هو مطلق مظاهر مول. ولو قال لأجنبية إن تزوجت فأنت طالق وأنت على كظهر أى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فزوجها فعلى الخلاف، بخلاف ما لو قدم الظهار والإيلاء فقال والله لا أقربك وأنت على كظهر أى وأنت طالق فزوجها وقع الكل، أما عندهما فلا إشكال، وأما عنده فليسبق الإيلاء ثم هى بعده محل للطلاق فتطلق (قوله ولو عطف بحرف الفاء) فقال: أى لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت (فهو على هذا الخلاف فيها ذكر الكرخي) فعنده تبين بوحدة ويسقط ما بعدها، وعندهما يقع الثالث وفي المتوسط نقله عن الطحاوى فليكن عنهما (وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق وهو الأصح) لأن الفاء للتعقيب فصار كتم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلاق، ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدهما، وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذى قررنا عليه كلام المصنف لأى حنيقة، وهذا لأنه يصير المعنى إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى، ولو عطف ثم وأخر الشرط كأنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت. فإن كانت مدخولاً بها، فعنده يقع في الحال ثنتان وتعلق الثالثة بالشرط لأنها للتراسخ، وكأله باعتباره في اللفظ والمعنى فكانه فصل بسكوت، ولو سكت وقع الأول ولا يتوقف ليعتلق فكلاً هنا. وإذا وقع الأول بقيت محلاً فضع الثانية وتعلق الثالثة بدخولها الدار، وإن كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانقضاء محليتها، وإن قدم الشرط فقال إن دخلت فأنت طالق ثم طالق وهى مدخول بها تعلق الأول ووقعت الثانية والثالثة، وإن لم تكن

الكلام عن التنجيز إلى التعليق، وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيها إذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقه على الترتيب وبانت بالأولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لأنه لا يحتمل الترتيب. وقوله ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيها ذكر الكرخي) فإنه جعل العطف بالواو والفاء سواء، وقال إن حرف العطف يجعلهما كلاماً واحداً فتعلقا كما في صورة الواو، وسواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافاً له (وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح) :

(قوله وقع على الترتيب وبانت بالأولى) أقول: لعل المراد أنه يحتمل ذلك فلا يقع بالشك حتى لا يخالف آخر كلامه أنه له.

(وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال) لأنها غير موضوعة للطلاق بل تختمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالة. قال (وهي على ضربين : منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها إلا واحدة، وهي قوله اعتدى واستبرئ رحمك وأنت واحدة) أما الأولى فلأنها لا تختمل الاعتداد عن النكاح ويحتمل اعتداد نعم الله تعالى ، فإن نوى الأول تعين بنته فيقتضى طلاقاً سابقاً والطلاق يعقب الرجعة .

مدخولاً بها تعلق الأول ووقع الثاني ولغا الثالث . والوجه بعد معرفة الأصل ظاهر ، وعندهما تعلق الكل بالثاني قدمه أو أخره ، إلا أن عند وجود الشرط يقع الثلاث إن كانت مدخولاً بها ، وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره ، فأنظر التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم ، وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلاً بأن قال إن دخلت فأنت طالق واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق ، لأنه إنما تعلق الأول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه (قوله وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح إذ هو الأصل في الكلام لأنه وضع للإفهام ، فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلاً بالنسبة لما وضع له ، وحين كان الصريح مظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ماخى المراد به لتوارد الاحتمالات عليه ، وإتمام يعرف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتداء فقال (وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية) إلى آخره لاشتهار أنها ضد الصريح ، وحين عرفه علم أن الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع أنه يؤخذ رسمها من تحليله حيث قال إنها تختمله وغيره ، فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلم أن يستفسر عن مقصوده به ، أما إذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فإن القاضي يعتبرها ولا يصدق في ادعاء فإنه ينصرف إلى ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فإنها بما يحكم بإرادة مقتضاها شرعاً كما في البيع بالدرهم المطلقة فإنه ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة الحال ، وكذا إذا أطلق الضرورة نية الحج ينصرف إلى نية الحج الفرض . والحاصل أن النية باطنة والحال ظاهرة في المراد فظهرت نيته بما فلا يصدق في إنكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق الله سبحانه إذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال . فقول المصنف لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع ، أما في نفس الأمر فلا يقع إلا بالنية مطلقاً ، ألا ترى أن أنت طالق إذا قال أردت عن وثاق لا يصدق فيها وبين الله هي زوجته إذا كان نواه (قوله لأنها غير موضوعة للطلاق) بل موضوعة لما هو أهم منه أو من حكمه ، والأهم في المادة الاستعمالية يحصل كلاماً بمصادقاته ، ولا يتعين أحدهما إلا بجميع ، والمعين في نفس الأمر هو النية ، وبالنسبة إلى القاضي دلالة الحال ، فإن لم تكن فدعوا ما أراد ، وإنما قلنا أهم منه ومن حكمه ولم نقل أهم منه لما سنذكر من أنها لم يرد بما سوى الثلاث الرجعية اعتدى استبرئ أنت واحدة الطلاق أصلاً بل ما هو حكمه من البيونة من النكاح ، وعلى هذا فقول المصنف بل تختمله وغيره تساهل لأن احتمالات اللفظ تستعمل فيها ، ومستشيراً إلى أنه لم يرد بها الطلاق ونقره . والجواب أن المراد تختمله متعلقاً بمعناها أو واقعا عنده فتدخل الثلاث الرجعية (قوله وهي) أي الكنايات (على ضربين) هذا تقسيم للكنايات ، وهي تنقسم أولاً بحسب ما هي كناية عنه ، وثانياً باعتبار الواقع بها ، وما ذكره المصنف هي القسمة الثانية . أما الأولى فتقسم إلى ما هو كناية عن حكم الطلاق وإلى ما عن تفويضه الثاني لفظان اختار وأمره بيدك

قال (وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما فرغ من الضرب الأول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات . الكناية : ما استبرأ المراد به . وحكمها أنه لا يجب العمل بها إلا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال .

وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلة وتحتمل الاستبراء لبطلتها .
وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر مخوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله ، والطلاق يعقب
الرجعة ، ويحتمل غيره وهو أن تكون واحدة عنده أو عندقومه ، ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره محتاج
فيه إلى النية ولا تقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمّر ، ولو كان مظهرا لا يقع بها إلا واحدة
فإذا كان مضمرا أولى ، وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكورا لكن التخصيص على الواحدة ينافي نية

لا يدخل في بدعها إلا بنية الطلاق فلا يقع إلا بقولها بعد نيته طلقت نفسي واختبرت نفسي ، والأول ما سواهما
وينقسم إلى ما يقع به البائن وهو ما سوى الألفاظ الثلاثة وسنذكر ما فيه ، وإلى ما يقع به الرجعي وهي الألفاظ
الثلاثة اعتدى واستبرأ رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع به إلا واحدة . أما الأولى : أي كون الأولى وهي كلمة
اعتدى كناية فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى ، فإن نوى الأول تعين ويقتضى طلاقا
سابقا والطلاق يعقب الرجعة . ولا يخفى أن القول بالانقضاء وثبوت الرجعة فيها إذا قاله بعد الدخول ، أما قبله
فهو مجاز عن كوفي طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليرد أن شرطه اختصاص المسبب بالسبب ،
والعدة لا تخص بالطلاق لثبوتها في أم الولد إذا عتقت . ويجاب بأن ثبوتها فيها ذكر لوجود سبب ثبوتها في
الطلاق وهو الاستبراء بالأصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص . وأعلم أنه كما يجب كونها مجازا عن
كوفي طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرأ رحمك كذلك في المدخول بها إذا كانت أيسة أو صغيرة ،
وما في النواذر من أن وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة : يعني أنه صلى الله عليه وسلم قال لما اعتدى
ثم راجعها ، والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس واستحسان لأن عليا البيئونة
في غير الثلاثة منقضية فيها فلا يتجه القياس أصلا . نعم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي أعم من رجعي وبائن
لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل يتعين الأخف لعدم الدلالة على الزائد عليه . وأما الثانية وهي كلمة استبرأ
رحمك فلأنه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف برامة الرحم فاحتفل استبرأه لأن طلقك أو لأطلقك :
يعني إذا علمت خلوه عن الولد ، وعلى الأول يقع وعلى الثاني لا فلا بد من النية ، ولا يخفى أنها أيضا قبل الدخول
مجاز عن كوفي طالقا كاعتدى ، وكذا في الأيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه . وأما الثالثة وهي أنت واحدة

لأنها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالة (ثم الكناية على ضربين) ما يكون
الواقع به واحدة رجعية ، وما يكون واحدة بائنة ، فالأول ثلاثة ألفاظ هي اعتدى واستبرأ رحمك وأنت واحدة ،
ولا بد لكل واحدة منها من أحوال معنيين حتى يحتاج إلى التمييز بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال ، وقد
ذكر المصنف في كل واحد منها ذلك وكلامه فيه واضح . وقوله (لأن قوله أنت طالق فيها) أي في هذه الألفاظ
الثلاثة (مقتضى) أي ثابت بالانقضاء في قوله اعتدى واستبرأ كما أشار إليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا ، لأن
الأمر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا . وقوله (أو مضمّر) يعني في قوله أنت

(قوله لأنها غير موضوعة) أقول : أي غير معينة فيه بدليل بل تحمله وغيره (قال المصنف : فيقتضي طلاقا سابقا) أقول : يعني إن كان
بعد الدخول وإن كان قبله يكون مستمرا عن الطلاق لأنه سببه في الجملة وإن لم يكن سببا له في هذه الحالة (قال المصنف : وتحتمل الاستبراء
لبطلتها) أقول : يعني إذا علم خلوه من الولد (قال المصنف : لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمّر) أقول : قوله مقتضى يعني
في الأولين ، وقوله مضمّر يعني في الثالثة .

الثلاث ، ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب . قال (وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا ، وإن نوى ثنتين كانت واحدة ،

فإنها محتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة . فإذا نواه فكأنه قاله : يعني إذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله لظهور أن مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يقبب الرجعة ، ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندى أوفى قومك مدحا و ذما . فقد ظهر أن الطلاق في هذه الألفاظ الثلاثة مقتضى كما هو في اعتدى استبرأ رحمك لأنه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء ومضمرة في واحدة ، ولو كان مظهرا لا يقع إلا واحدة ، فإذا كان مضمرا وأنه أضعف منه أولى أن لا يقع إلا واحدة ، وفي واحدة إن صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التخصيص على الواحد يمنع إرادة الثلاث لأنها صفة للمصدر المحدود فلا يتجاوز الواحدة . واعتراض بعضهم على قوله يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف : أى تطليقة واحدة بأن فيه تكلفا غير محتاج إليه ، بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقط لأنه لا يدفع احتمالها لما ذكر المصنف ، والتطليق بالمصدر الملقوظ به شائع في طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر القائل : . فأنت طلاق والطلاق عزيمة . إلى آخره ، ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الأربع : اذهبن فأنن الطلاق أو طلاق وكثير ، بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها لمنفردة عن الزوج فضلا عن تعين الثاني (قوله ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح) احتراز عما قال بعضهم إن رفع الواحدة لا يقع شيء وإن نوى ، وإن نصبها وقعت واحدة وإن لم ينو لأنها حينئذ نعت للمصدر : أى أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وإن سكن احتجج إلى النية . وجه الصحيح أن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع إلى العامة عليه ، ولأن الرفع يجوز لكونه نعتا لطلقة : أى أنت طلقة واحدة ، والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر : أى أنت متكلمة كلمة واحدة ، وهذا الوجه يعم العوام والخواص ، ولأن الخاصة لا تنترم التكمم العرفي على صحة الإعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ، ولذا ترى أهل العلم في مجارى كلامهم لا يقيمونه (قوله وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة ، فإن نوى الثلاث كانت ثلاثا ، وإن نوى ثنتين كانت واحدة) وفي هذا الإطلاق نظر ، بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى الثلاث ، فقد ذكر في أنا برئ من طلاقك يقع رجعى إذا نوى ، بخلاف ما إذا قال من نكاحك ، قاله ابن سلام . وفي الخلاصة اختلف في برئ من طلاقك إذا نوى ، والأصح يقع رجعى ، والأوجه عندى أن يقع بائنا لأن حقيقة تبرئته منه تستلزم حذره عن الإيقاع وهو بالبنوة باقتضاء العدة أو الثلاث . أو عدم الإيقاع أصلا وبذلك صار كناية ، فإذا أراد الأول

واحدة . وقوله (ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ) يعني سواء قال أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون ، فقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق إذا نصب الواحدة وإن لم ينو لكونه صفة للطلقة ، أما إذا رفعها فلا يقع وإن نوى لأنها حينئذ تكون صفة لشخصها ، وقيل هو قول محمد : وعند أبي يوسف يقع في الأحوال كلها لأن نية الطلاق تعرب عن الغرض وإن أخطأ في الإعراب ، وإن أسكن فهو محتاج إلى النية لاحتمال المعنيين ، والصحيح أن الكل سواء (لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب) والباقي هو بقية الكنايات . وهى المذكورة في الكتاب (إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة . وإن نوى ثلاثا كان ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة) أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتمالها الطلاق وخبره إلا أن يكون في حلال مذكورة

وهذا مثل قوله أنت بائن وبته وبته وحرام وحبك على غارك والحق بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأمرتك بيدك واختارى وأنت حرة وتقضى وتحرمى واستترى واغرى واخرجى واذهى وقوى وابتنى الأزواج) لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية . قال (إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ، ولا يقع فيها بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه . قال رضى الله عنه (سوى بين هذه الألفاظ وقال : ولا يصدق في القضاء إذا كان في حال مذاكرة الطلاق)

وقع وصرف إلى إحدى البينتين وهى التى دون الثلاث ، وكذا فى قوله الطلاق عليك يقع بالنية وفى وهبتك طلاقك إذا نوى يقع رجعيا ، وكذا قالوا فى بعتك طلاقك إذا قالت اشتريت من غير بدل ، ثم فى الهبة إذا لم تكن نية تطلق فى القضاء . ولو قال نويت أن يكون فى يدها لا يصدق ، وأما فيها بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى ، فإن طلقت نفسها فى ذلك المجلس طلقت وإلا فهمى زوجته . هنا إذا ابتداء الزوج ، فأو ابتدأت فقالت هب لى طلاق تريد أعرض عنه فقال وهبت لا يقع وإن نوى ، لأنه جوابها فيها طلبت كذا قبل ، وفيه نظر ، بل يجب أن يقع إذا نوى لأنه لو ابتداء به ونوى وقع ، فإذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب ، وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته ، ويقع رجعيا فى خلى طلاقك وأقرضتك وكذا فى قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعى (قوله وهذا مثل قوله أنت بائن وبته وبته وحرام وحبك على غارك والحق بأهلك) بوصول الهبة (وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وفارقتك وأمرتك بيدك واختارى وأنت حرة) وأعتقتك مثل أنت حرة (وتقضى وتحرمى واستترى واغرى) بالغين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة والزاى (واخرجى واذهى وقوى وابتنى الأزواج لأنها تحتمل الطلاق وغيره) وتحرير المحتملات غير خاف ، وحبك على غارك تمثيل لأنه تشبيه بالصورة المنزعة من أشياء وهى هيئة الناقة إذا أريد إطلاقها للرحى وهى ذات رسن فألقى الحبل على غارها : وهوما بين السنام والعنق كى لاتتمتع به إذا كان مطروحا ، فشب بهه الهيئة الإطلاعية لإطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والإجارة والاستتجار وصار كناية فى الطلاق لتعدد صور الإطلاق ، وفى وهبتك لأهلك إذا نوى يقع وإن لم يقبلوها لأنه يجب كون وهبتك لأهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير إلى الحالة الأولى وهى البيئونة فلا يحتاج إلى قبولهم لها فى ثبوت البيئونة ، والحق بأهلك مثله فى صيرورتها إلى الحالة الأولى ، وقوله وهبتك لأهلك أو لابتك مثله بخلاف الأجانب (فلا بد من النية) أى فى الحكم بوقوع الطلاق (إلا أن يكون فى حالة مذاكرة الطلاق) وهو حال سؤاها الطلاق أو سؤال أجنبي (فيقع فى القضاء) وإن قال أردت غير الطلاق (ولا يقع فيها بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه) ويستثنى منها اختارى لما نذكر وأمرتك بيدك . قال المصنف (سوى) أى القسورى (بين هذه الألفاظ وقال : لا يصدق حال مذاكرة الطلاق فى القضاء) إذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات ، وهبكنا فعل شمس الأئمة فى المبسوط والمشايخ

الطلاق فإن القاضى يحكم بالوقوع وإن ادعى الزوج عدم النية . وأما جواز نية الثلاث فلأن الواقع بها إذا كان بائنا فالبيئونة تتصل بالمرأة للحال ، ولاتصالها وجهان : انقطاع يرجع إلى الملك ، وانقطاع يرجع إلى الحل فيتعدد مقتضى . يتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى معزول عن ذلك . قال المصنف (سوى) يعنى القسورى (بين ألفاظ الكنايات) فى وقوع الطلاق بـ لانية حال مذاكرة الطلاق ، وليس على إطلاقه بل إنما ذلك

قالوا (وهذا فيما لا يصلح ردا) والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهي حالة الرضا ، وحالة مذاكرة الطلاق ، وحالة الغضب . والكتابات ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا وردا ، وما يصلح جوابا لاردا ، وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة . ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا إلا بالنية ، فالقول قوله في إنكار النية لما قلنا ، وفي حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ، ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بنة حرام اعتدى أمرك يملك اختارى ، لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ، ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبى اخرجى قوى تقضى تخمى

كفخر الإسلام وغيره (قالوا وهذا) أى كونه لا يصدق إذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق إنما هو (فيما لا يصلح ردا) أما ما يصلح له فيصدق إذا ادعى الرد. ثم استأنف تقسيما ضابطا فقال : الأحوال هنا ثلاثة : حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا . وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قلنا . وحالة الغضب . والكتابات ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق : أى التطلق ويصلح ردا له . وما يصلح جوابا ولا يصلح ردا له . وما يصلح جوابا وشبا . ففي حالة الرضا يصدق في الكل إذا قال لم أرد الطلاق لأنه لا ظاهر يكذبه ، وفي حالة المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لاردا كخلية برية بائن بنة بئلة حرام اعتدى استترى اختارى أمرك يملك ، ويصدق فيما يصلح له ولرد مثل اخرجى اذهبى افلحى ، تقول العرب افلح عني : أى اذهب عني ، وخرى قوى تقضى ، ومرادها كاستترى وتخمى ، ومعنى الرد في هذه : أى اشتغل بالتقنع الذى هو أنفع لك من القناع وكذا اخواه ، ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا ، وما يصلح جوابا وشتيمة لاردا كخلية برية بنة بئلة حرام وما يجرى مجراه ، إذ يحتمل خلية من الخير برية منه بنة بئلة : أى مقطوعة عنه ، ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدى اختارى أمرك يملك استترى . وعرف مما قلنا أن اختارى أمرك يملك لا يقع بهما الطلاق إلا بإيقاعها بعده ، وإنما هما كنايةان عن التفويض حتى لا يدخل الأمر في يدها إلا بالنية . واعلم أن حقيقة التقسيم في الأحوال قسمان : حالة الرضا ، وحالة الغضب . وأما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما ، بل لا يتصور سؤالها الطلاق إلا في إحدى الحالتين لأنهما ضدان لا واسطة بينهما ، فتحريير التقرير أن

(فيما لا يصلح ردا) فلا بد من بيان ، وبين بقوله (والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهي حالة الرضا ، وحالة مذاكرة الطلاق) بأن تسأله عن ذلك (وحالة غضب الزوج . والكتابات على ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا وردا) وهو سبعة : اخرجى اذهبى اعزى قوى تقضى استترى تخمى ، أما صلاحية هذه الألفاظ للرد فإن يريد الزوج بقوله اخرجى اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبى واعزى وقوى . وأما تقضى فنقناع ، وقيل من القناع وهو الخمار ، ومعنى الرد فيه هو أن ينوى واقتضى بما رزقه الله منى من أمر المعيشة واطركى سؤال الطلاق واشتغل بالتقنع الذى هو أهم لك من سؤال الطلاق ، وكذا قوله استترى وتخمى لأنهما من السر والخمار (وما يصلح جوابا لاردا) ثمانية ألفاظ : خلية برية بائن بنة حرام اعتدى أمرك يملك اختارى ، والجمعة الأولى تصلح للسياوشتيمة أيضا . إذا عرف هذا في حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا إلا بالنية لما قلنا إن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية بتعيين أحد المحتملين ، والقول قوله في إنكار النية مع يمينته وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الألفاظ الثمانية المذكورة لأن الظاهر (في دفع القدر من)

وما يجري هذا الجري لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه. وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لأحتمال الرد والسب ، إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم نقوله اعتدى واختارى وأمر بك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق . وعن أبي يوسف في قوله : لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك ، أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ،

في حالة الرضا المجرى عن سؤال الطلاق يصدق في الكل أنه لم يرد الطلاق ، وفي حالة الرضا المستول فيها طلاق يصدق فيما يصلح ردا أنه لم يرد ، وفي حالة الغضب المجرى عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سباً أو رداً أنه لم يرد به إلا السب أو الرد ، ولا يصدق فيما يصلح جواباً فقط ، وفي حالة الغضب المستول فيها الطلاق يجتمع في عدم تصديقه في التمحض جواباً سيان : المذاكرة والغضب ، وكذا في قبول قوله فيما يصلح رداً لأن كلا من المذاكرة والغضب يستل إثبات قبول قوله في دعوى عدم إرادة الطلاق . وفيما يصلح للسب سبب ينفر الغضب بإثباته فلا تغير الأحكام ، وحينئذ الأول أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيد الغضب والمذاكرة (قوله وعن أبي يوسف الخ) الحق أبو يوسف بالتي تحتمل السب ألفاظاً أخرى وهي : لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك خليت سبيلك وفارقتك ، فهذه أربعة ألفاظ ذكرها الولوالجي ، وذكرها الثاني خمسة : لا سبيل لي عليك لا سبيل لي عليك بأهلك حبلك على غاربك . وفي الإيضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الأئمة ذكر خمسة هي هذه . إلا أنه ذكر مكان حبلك على غاربك وفارقتك فتم ستة ألفاظ . ووجه احتمالها السب أن لا ملك لي : يعني أنت أقل من أن تنسب إلى بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحق بأهلك وحبلك على غاربك : أي أنت مسيئة لا تشغل أحد بتأديك إذ لا طاقة لأحد بمعامرتك . وفي رواية جامع فخر الإسلام والقوائد الظهيرية أن أبا يوسف ألقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة ، وهي اعتدى اختارى أمر بك بيدك . وفي شرح مختصر الكرنبي قال أبو حنيفة : لا سبيل لي عليك تقضي استتري اخبرني اذهبي قومي تزوجي لا تنكح لي عليك يدين في الغضب لأن هذه الألفاظ تذكر للإبعاد ، وحالة الغضب يبعد الإنسان عن الزوجة فيه ، وكذا في حال ذكر الطلاق ، وهذا لأن لا سبيل لي عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلق وانطلق كاللحق ولا رواية في أعرتك طلاقك ظاهرة . وعن أبي يوسف يقع خلافاً لعمد ، وفي النوازل عن أبي حنيفة يصير الطلاق في يدها لأنه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطلق إن شاءت كما كان للزوج ، ولو قال طلاقك على لا يقع أصلاً ، وروى الحسن عن أبي حنيفة : لو قال وهبتك لأبيك أو لابنك أو للزوج فهو طلاق لأن المرأة تزده على هؤلاء بالطلاق عادة ، ولو قال لأختك أو عاتك أو عمتك أو لفلان الأجنبي ونحوه لم يكن طلاقاً وإن نوى لأنها لا تزده بالطلاق عليهم ، ولو زاد على اذهبي فقال اذهبي فيمضي ثوبك لا يقع عند أبي يوسف خلافاً لغيره لأن

أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ، والحاكم إنما يستتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً وهو الألفاظ السبعة المتقدمة . وقوله (وما يجري هذا الجري) يريد به مثل اغربي واستتري لأنه أحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه . وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك : يعني أقسام الكتابات لأحتمال الرد أو السب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم ، وهو ثلاثة ألفاظ : اعتدى واختارى وأمر بك بيدك ، فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل

(قال المصنف : وأمر بك بيدك) أقول : لا يخفى عليك أن قوله أمر بك يملك كتاباً عن التوقيض فلا يناسب ذكره المقام ، ولقد وقع بسبب ذكره منا خطأ ظن من بعض المفتين فزعم أنه يقع به الطلاق وأقبح به وحرم خلافاً . نموذجاً بآفة فتاوى .

اذهجي يعمل فيه نية الطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق . ولأبي يوسف أن معناه عادة لأجل البيع فكان صريحه خلاف المنوى . ومن الكنايات تنحى عنى . واختلف في لم يبق بينى وبينك عمل ، قيل يقع إذا نوى وقيل لا ، ومثله لم يبق بينى وبينك شيء . وفي أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع بالنية إلا أن يقول خذى أيها شئت ، ثم عن محمد في رواية أسد يقع ثلاث ، وقال ابن سلام : أخاف أن يقع ثلاث لمعاني كلام الناس كأنه يريد أن مراد الناس بمثله اسلكى الطرق الأربعة وإلا فاللفظ إنما يعطى الأمر بسلوك أحدها . والأوجه أن يقع واحدة بائنة ، ومنها نجوت منى . وقال المتأخرون في وهبتك طلاقك لا يقع ، وقيل يقع ، ولا يقع في أجهتك طلاقك وإن نوى أو صفت عنه ولا بأحبب طلاقك أو رضيت أو هويت أو أردته وإن نوى ، وأما طال بلا قاف فأطلق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع إسكان اللام يحتاج إلى النية ومع كسرهما يقع بلا نية والوجه إطلاق التوقف على النية مطلقاً لأنه بلا قاف ليس صريحاً لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فأننى لغة وعرفاً فيصدق قضاء مع اليقين ، هذا في حالة الرضا وعدم مذكرة الطلاق ، أما في أحدهما فيقع قضاء أسكتها أو لا ، وفيه أيضاً النظر المذكور لأنه لإيقاع بلا لفظ له ولا لأعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه ، وهذا البحث يوجب أن لا يقع به أصلاً وإن نوى ، ومثل هذا البحث يجري في التطبيق بالهجي كانت طال في لأنه ليس طلاقاً ولا كناية لأن موضوعها محتمل أشياء ، وأوضاع هذه المسميات هي حروف ، ولذا لو قرأ آية السجدة تهجياً لا يجب السجود لأنه ليس قرآناً ، ولا تخلص إلا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالاً عليه وضماً أو عرفاً وحينئذ يقع بالهجي في القضاء ، ولو ادعى عدم النية ، وكذا بطلان بلا قاف ، وفي قوله لا تأخر حمل إليها طلاقاً أو أخبرها به أو بشرها تطلق في الحال لأن الحمل لا يتحقق قبل المحمول ، ومنها أنت على كالميتة أو الخمر أو لحم الخنزير يقع بالنية . وفي الكافي للشييد : إذا قال لأمراته هذه حمى أو خالى أو محرم من الرضاع وثبت عليه بأن سئل عن ذلك فأصر عليه فرق بينهما ، ولو قال مزحج أو كذبت أو وهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحساناً . والقياس أن يفرق مطلقاً ولا يصدق لأنه أمر بالتحریم . وجه الاستحسان أن هذا لإيجاب تحریم فلا يقع إلا بالدوام عليه ، ولو قال هذه بنتى من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لأن الظاهر يكذبه ، وكذا في هي أمي وله أم معروفة وإن لم يكن لها نسب معروف ومثلها بولد لملته وثبت عليه فرق وكذا هي أختي . واختلف في لست في بامراً وما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع عنده أي حنيفة ، وقالوا لا لأن نفي النكاح ليس طلاقاً بل كذب فهو كقوليه لم أتزوجك أو والله ما أنت لي امرأة ، أو لو سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا . وله أنها محتملة : أي لست في بامراً لأنني طلقتك فيصح نفيه كما في لإنكاح بينى وبينك ومستلة الحلف ممنوعة ، وبعد التسليم يقول بدلالة اليقين علم أنه أراد النفي عن المباح في الحال لأن الحلف يكون فيها يدخله الشك لا في إنشاء النفي في الحال . وقوله لم أتزوجك

على إرادة الطلاق . وعن أبي يوسف أنه إذا قال في حالة الغضب لأمك لك عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أتو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب ، وهذه أربعة ألفاظ . وقيل خمسة ألفاظ : خائنتها الحق بأهلك أخفها أبو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة السب من حيث احتمالها السب ، فإن قوله لأمك لك عليك يحتمل أن يكون معناه أنكأقل من أن تنسني إلى ملكي أو أنسب إليك بالملك ولا سبيل لي عليك بسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيك وبخلت سبيلك لقدرتك وفارقتك في المصحب للفرق وعدم نظافتك ،

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبتنا . وقال الشافعي : يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق ،

وجود لا يحتمل الإنشاء إذ الطلاق لا يتصور بلا نكاح ، وكذا بدلالة السؤال عرف أنه أراد النفي في الماضي . وفي فتاوى صاحب النافع : إذا قالت لزوجها لستى بزوج فقال صدقت بنوى طلاقها يقع عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وعلى هذا الخلاف إذا قال لست أو ما أنت امرأتى أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية والغياة ، ويتصل بالكتابات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا أو عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة السماء لا يقع نوى به أو لم ينو ، وكذا إذا كتب على روح أو حائط أو أرض أو في كتاب إلا أنه لا يستبين لا يقع وإن نوى به الطلاق لأن مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف ، فلو وقع وقع بمجرد النية ، فإن كان مستبينا لكن لأعلى رسم الرسالة والخطاب فإنه ينوى فيه ، كالكلام المكتنى لا يقع إلا بالنية لأن الإنسان قد يكتب مثله للإيقاع وقد يكتب مثله لتجربة الخط ، فإن كان صحيحا يبين نيته بلسانه ، وإن كان أخرس يبين نيته بكتابه هذا إذا لم يكن خطائيا أو رسالة ، فإن كان على رسم كتب الرسالة بأن كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق أو أنت حر أو إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق فإنه يقع به الطلاق والعناق ، ولا يصدق في عدم النية ، كما لو قال أنت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر ، ثم يقع عقيب الكتابة إذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة . بخلاف ما إذا كتب إذا وصل إليك فإنه لا يقع بدون الوصول إليها ، وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق ثم بدا له فحذف ذكر الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع إذا وصل ، ولو بحاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع ، وإن وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الأئمة الثلاثة ، وما وقع في تفصيل بعضهم من أنه إذا حذا مسوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل إليها لا يقع فبنى على أن الرسالة المتضمنة لغرد الطلاق لا تكون كتابا ، وفيه نظر . وما قيل من أنه لو حذا أكثر ما قبله فأرسله لا يقع أبعد من الأول إذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثرة الحوائج وليس الأمر كذلك . ولو كتب الصحيح إلى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة أنه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء ، أما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ، ولو كتب إليها أما بعد أنت طالق إن شاء الله تعالى ، إن كان ووصولا بكتابه لا تطلق ، وإن كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب إن شاء الله يقع الطلاق لأن المكتوب إلى الغائب كالمفوض ، كذا في الفتاوى الكبرى للخاص والحلاصة . وفيها معزوا إلى المتن : إذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر أو أمر غيره حين كتب ولم يعمل هو فأنها الكتابان طلقت تطبيقين قضاء ، وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى . وعلى هذا لو وصل أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة ، ولا يخفى أن هذا فيما إذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب ، وأما إذا لم يكن معلقا فلا إشكال في أنه يقع ثنتان قضاء لا ديانة إلا أن ينوى به طلاقا آخر ، وكل ما ذكرناه ثابت في حق الأخرس نحوه إن كان يكتب ، وإنما يعرف ذلك منه بأن يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية ، فإن كان لا يكتب وله إشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه ويبيعه فهي كالكلام في حقه ، وإن لم يعرف منه ذلك أوشككتا فيه فهو باطل وهذا استحسان . والقياس في جميع ذلك أنه باطل لأنه لا يتكلم ، وقد ذكر المصنف أحكام الأخرس في هذه في آخر الكتاب (قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبتنا . وقال الشافعي : يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق) والطلاق بلا مال يعقب الرجعة

والخفى بأهلك لأنك أوحش من أن تكوني غليلي . قال (ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبتنا) وهو مذهب عامة الصحابة (وقال الشافعي يقع بها رجعي) وهو مذهب عمر وابن مسعود (لأن الواقع بها طلاق)

لأنها كتابات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد ، والطلاق معقب للرجعة كالصريح . ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى عمله عن ولاية شرعية ، ولا خفاء في الأهلية والمحلية ، والدالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد ،

بالنص ، ولا حاجة إلى إثبات الأول بأنها كتابات عنه حتى أريد هو بها ليدفع بأن كونها كتابات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سند كبريل يكتفى بالاتفاق على أن الواقع طلاق والثاني بالنص . فإن قيل : النص إنما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منعناه لأن قوله تعالى - الطلاق مرتان - المعقب بقوله - وبعتن أحق بردهن - أهم من الطلاق الصريح وغيره لأن النسبة إلى معنى اللفظ لا إلى اللفظ ، غير أنه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أخص نص الافتداء لما عرف من أن الافتداء لا يتحقق إلا بالبنونة وإلا يذهب مالها ولا يفيد . والحاصل أن الكتاب يفيد أن الطلاق يعقب الرجعة إلا ما كان على مال أو ثلاثا . واستدل المصنف بقوله ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى عمله عن ولاية شرعية . ولما استثمر منع ثبوت الولاية شرعا أثبتنا بقوله الحاجة ماسة إلى إثبات الإبانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد فقرر بأن المشروعات لدفع حاجة العباد والزواج قد يحتاج إلى الإبانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجته ، لأنه لو أبانها بالثلاث عصى ، ولو طلقها رجعيا ربما تراءى له مصلحة في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدى إلى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينسد باب التدارك ، فشرع له الإبانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له أمكنه الزوج والتمتعي بعده عن اللفظ . والأوجه في هذه العبارة هكذا قد يحتاج إلى الإبانة والثلاث بكلمة حرام وتفرقها على ما ذكر كذلك فلزم أن تشرع له الإبانة على هذه الصفة يعنى شرع الواحدة الباتة . والأقرب إلى اللفظ ما قيل إنه قد يحتاج إلى الإبانة كي لا يقع في الرجعة بغير قصد منه بأن تفجأ المرأة

واحد (لأنها كتابات عن الطلاق ولهذا تشترط النية) والكتابات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد (والطلاق يعقب الرجعة كالصريح) فإنه إنما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا (ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى عمله عن ولاية شرعية) وكل ما صدر من أهله كذلك كان صحيحا لا محالة . أما الأهلية فلا خفاء فيه لأن الكلام في الأهل ، وأما المحلية فتأبئة . ولهذا كانت المرأة محلا للبنونة الغليظة بالاتفاق ، وأما الولاية الشرعية فلأن الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة إلى إثباتها دال على ولاية الإبانة بوجهين ذكرهما المصنف : أحدهما قوله (كي لا ينسد باب التدارك) والثاني قوله (ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد) وقوله (باب التدارك) أى تدارك دفع المرأة عن نفسه لأنه لو لم يقع البنونة عند نيته عصى توقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزواج يريد فراقها ، كذا في النهاية ، وفي هذا كما ترى جبل الوجهين وجها واحدا لأنه بعينه تفسير الوجه الثاني ، فإن جعلت الثاني تفسيرا للأول بالعطف فسد التكتة جملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه ، وإذا فسد التفسير فسد المفسر . والأولى أن يفسر قوله كي لا ينسد باب التدارك بأن الرجل

(قال المصنف : ولنا أن تصرف الإبانة الخ) أقول : ولابد في هذا المقام من المراجعة إلى ما ذكره العلامة ابن الغمام لينهل عليه شهاب الأرقام (قوله وأما المحلية فتأبئة) أقول : كما في الخلف والطلاق على مال بالاتفاق (قوله دال على ولاية الإبانة بوجهين الخ) أقول : وأنت خير أنه لا يستلزم واحد من هذين الوجهين إثبات المطلوب ، فالوجه عنهما وجها واحدا كما لا يخفى (قوله فسد التكتة جملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لا حاجة إلى جعل الكلام لإثباتها ، ولو صح ما ذكره يلزم فساد التكتة لا محالة

فقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريد ما يحتاج إلى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك ، فهو لأجل ذلك محتاج إلى أن تشرع له الإبانة كذلك كي لا تنفوت هذه المصلحة . ودفع بأن هذه مصلحة وثبوت التمكن من إعادتها إذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع أن الإنسان محل التغيير مصلحة أخرى أكيدة ، إذ كثيرا ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة أكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده إلى مراجعة ، ومع الإبانة لها أن تمتنع فيحصل له ضرر شديد ، وهذه لا ترتب إلا على عدم الإبانة فاقضت عدم شرعيتها ، بخلاف تلك إذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الإبانة ييسر من الاحتراس من فجأتها مقبلة ونحوه ، فكان اعتبار منع الإبانة أجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الأخرى ، فلان أردت تخصيص نص إ عقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء نصا لأن التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم ، لأن حاجته إلى الخلاص بالإبانة ليس كحاجة المرأة لتفكته من الإبانة على وجه لا يعقب الندم لتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة أو تفريق الثلاث على الأطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة الباتة ولذا رجحنا كراهة الواحدة الباتة في أوائل كتاب الطلاق بعد ما حققتنا سبب تحقق الحاجة إلى الإبانة من القطع . هذا ولا يخفى أن المعنيين أحق عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة إذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة . والوجه في الاستدلال أن يقال : لما أثبت الشرع الإيقاع بهذه الألفاظ فقد أثبت الإبانة لأنها معناها ، وقوله - الطلاق مرتان - أي المسنون للاتفاق على صفة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فإنه غير مكروه وأيضا لفظ بائن مثلا يقع به البيئونة الغليظة بقم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع بالغليظة وقع به الخفيفة . وأيضا خصص منه الطلاق بمال فلم يبق الموم منه مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك ، وحين ثبت شرع الإيقاع بلفظ بائنة ثبت أيضا إخراج الواحدة الباتة بلا مال لأن شرع الإيقاع به هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البيئونة ، والدلالة على إيقاع الثلاث شرعا به تحليفه صلى الله عليه وسلم أبا ركانة حين طلقها البتة أنه ما أراد إلا واحدة ، وشرح قوله وليست كتابات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها : يعنى لا تردد في المراد للقطع بأن معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الانصال مراد ، وكذا البت والبتل : القطع ، والتردد إنما هو في متعلقها : أي الوصلة وهي أهم من وصلة النكاح والخيرات والشر ، فإذا تعين بالنية عمل

قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الأسباب فيريد فراقها على وجه لا يحمل له الرجوع ثم يبدو له ، فلم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك ، وأما إذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح ، وأما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية . ولتأمل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة قد صدر من أهله الخ فيكون صحيحا ، والمدعى أن هذا التصرف تصرف إبانة فلا بد من إثباته ليصح أن يقال تصرف الإبانة صدر من أهله . والجواب أن هذا الدليل يدل على أن الإبانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج إليها لا بد منها ، وهو لا يمكن أن تكون البيئونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها

إذ لزوم المطلوب من الجميع (قوله ولتأمل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة ، إلى قوله : فلا بد من إثباته الخ) .

وليس كتابات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها، والشرط تعيين أحد نوعي البيئتين دون الطلاق وانقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة، وإنما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البيئتين إلى غليظة وخفيفة،

بحقيقته، وكذا معنى الحرام والحلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة إليه أو إلى غيره من الرجال، فإذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه، وإنما أطلق عليه كناية مجازاً للتردد في ذلك المتعلق الذي به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ. والوجه أن إطلاق اسم الكناية حقيقة لأن الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لأنها بتعدد المعنى وقد تكون حقيقة فيها، وقد حقق في نحو: طويل النجاد وكثير الرماد أن المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد، لكن لا يقتصر عليه بل يعبر منه إلى طول القامة وكثرة الأضياف، فالوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازاً عن الطلاق. وتحقيقه أنه مشترك معنوي من قبيل المشكك، فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخبر والشر كذلك، فإذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما. والوجه أن يقول إنها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه، وهذا لأن نحو حبك على غاربك مجاز عن التخليعة والترك وهو بالبيئتين، وكذا وهبتك لأهلك لتعبر حقيقة الهبة: أحنى التهلك فهو مجاز عن رددتك على ما قدمناه، وقياس الباقي سهل، وبهذا ظهر أنه لا يراد بها الطلاق بل البيئتين لأنها هي معنى اللفظ الدائر في الأفراد وهي متنوعة إلى غليظة وهي المرتبة على الثلاث، وخفيفة كالمترتبة على الخلع فأبهما أراد صبح، ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثاً. وحاصله أن ما يثبت عند طالق شرعاً لازم أهم يثبت عنده وعند هذه الألفاظ

فتعين أن تكون البيئتين الخفيفة بطلقة واحدة. وقوله (وليس كتابات على التحقيق) جواب عن قوله لأنها كتابات عن الطلاق. وتقريره أن الكناية عن الطلاق الصريح إنما تكون كالصريح في العمل أن لو كانت حقيقة، وليس كذلك لأنها عوامل في حقائقها (وقوله والشرط تعيين أحد نوعي البيئتين) جواب عن قوله ولهذا يشترط النية. وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق كان دليلاً على ما ذكرتم، وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البيئتين الغليظة والخفيفة لا للطلاق، يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المبرد. وقوله (وانقصاص العدد) جواب عن قوله وينقص به العدد. وتقريره أن الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينقص به العدد، وتحقيقه أنه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقاً بائناً. وقوله (وإنما تصح نية الثلاث) جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صحح نية الثلاث في قوله أنت بائن مثلاً كما لا تصح في قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه، وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث أنه عامل في حقيقته

أقول: فيه بحث، إذ يعلم ذلك من قوله وليس كتابات الخ (قوله وتقريره أن الكناية عن الطلاق) أقول: يقال بل بتقريره لاسم أنها كتابات عن الطلاق حقيقة فإنها عوامل في حقائقها لإطلاق الكناية عليها مجاز. وفي ظاهر تقرير الشارح قبول كونه كناية عن الطلاق الصريح وفيه ما فيه، ويجوز أن يجاب عما ذكر لإفساد في ذلك، فإن الأمر كذلك لكنه مجاز على ما ينحصر عليه كلامه (قوله وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق كان دليلاً على ما ذكرتم وليس كذلك، بل هو لصحاح أحد نوعي البيئتين الغليظة والخفيفة الخ) أقول: فيه بحث، فإن المسألة من كلامه أن البيئتين الكنائسيه تحصل لأعمالاً بحقيقة كدونه والتردد في الغليظة والخفيفة وليس كذلك، ولو صح حصلت البيئتين الخفيفتين في حواله الرضا بالنية التي الأولى للتحقق بل مراد المصنف من أحد نوعي البيئتين عن وسيلة التكليف فالنوع الآخر البيئتين عن غيرها ليعلم (قوله) كما لا تصح في قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه) أقول: فيه أن عدم صحة النية ليس لكونه عاملاً بنفسه بل لعدم نية الثانية للطلاق الخ هو صحة

وعند انعدام النية يثبت الأدنى ، ولا تصح نية الاثنين عندنا خلافا لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل (وإن قال لها اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقى حيضا دين في القضاء) لأنه نوى حقيقة كلامه ، ولأنه يأمر أمراته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له (وإن قال لم أنو بالباقى شيئا فهي ثلاث) لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نوى النية ، بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه ، وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأولين حيث لا يقع إلا واحدة لأن الحال عند الأولين لم تكن حال مذاكرة الطلاق :

والخلق ، فقولنا يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعا ، وانتقاص عدده هو بتعدد وقوع ذلك اللازم واستكمالاه في ذلك وبإرسال لفظ الثلاث ، بل معنى وقوع الطلاق وقع اللازم الشرعى لأنه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيد ما أسلفناه في فاتحة كتاب الطلاق فارجع إليها ، فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل . و تقرير المصنف أن الواقع البيئونة بالكنائيات ثم ينقص العدد بناء على زوال الوصلة . وهذا جواب عن قول الشافعى وينقص به وهو بناء على أنه غيره ، وأنت تعلم أنه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها في الفسوخ مع عدم الطلاق . والجواب أن زوال الوصلة لابد أن يستعقب في غير الفسخ النقصان ، والاتفاق على أن الثابت بالكناية ليس فسحا فلزمه نقصان العدد (قوله ولا تصح نية الثنتين) أى بالكنائيات عندنا بخلاف لزفر ، وقد بيناه من قبل في باب إيقاع الطلاق في التطليق بالمصدر (قوله ولو قال لها اعتدى اعتدى اعتدى) هذه المسئلة تحتمل وجوها : أن ينوى بكل من هذه الألفاظ طلاقا ، أو بالأولى طلاقا لا غير ، أو بالأولى حيضا لا غير ، وبالأولين طلاقا لا غير ، أو بالأولى والثالثة طلاقا لا غير ، أو بالثانية والثالثة طلاقا وبالأولى حيضا ، وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلاثا . أو ينوى بالثانية طلاقا لا غير ، أو بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير ، أو بالأولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير ، أو بالأخيرين طلاقا لا غير ، أو بالأولين حيضا لا غير ، أو بالأولى والثالثة حيضا لا غير ، أو بالأولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا ، أو بالأولى

بل من حيث تنوع البيئونة إلى غليظة وخفيفة ، وعند انعدام النية يثبت الأدنى وهو الواحد الباقى (ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل) يعنى في أوائل باب إيقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث إنما حصت لكونها جنسا الخ . وقوله (وإن قال لها اعتدى اعتدى اعتدى) وقال نويت بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها : نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث . نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة . لم ينو شيئا لم يقع شيء . نوى بالأولى طلاقا لا غير وقع ثلاث . نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت واحدة . نوى بالأولى حيضا لا غير وقعت ثلاث . نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان . نوى بالأولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان . نوى بالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة . نوى بالأولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان . نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة . نوى بالأولين

المرأة كذلك كاسبق (قال المصنف : حال مذاكرة الطلاق) أقول : قد ظهر ما ذكر أن حالة مذاكرة الطلاق لا يقصر على السؤال ، وهو خلاف ما تقدم به من أنها حال سؤالها أو سؤال الأجنبى طلاقها بل هي أم من حالة السؤال الطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع (قال المصنف : فتعين الباقيان) أقول : من قبيل إطلاق الجمع على اللغتين .

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليقين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليقين .

والثانية حيضا والثالثة طلاقا أو بالأولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا أو بالثانية حيضا لا غير وفي هذه الأحد عشر نطق ثنتين أو ينوي بكل منها حيضا ، أو بالثالثة طلاقا لا غير ، أو بالثانية طلاقا ، أو بالثالثة حيضا لا غير ، أو بالثانية والثالثة حيضا ، وبالأولى طلاقا أو بالآخرين حيضا لا غير ، وفي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة ، أو لم ينو بكل منها شيئا فلا يقع في هذا الوجه شيء . والأصل أنه إذا نوى الطلاق بواحدة ثبتت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شيء بما بعدها ، ويصدق في نية الحيض لظهور الأمر باعتداد الحيض عقيب الطلاق ، وإذا لم ينو الطلاق بشيء صح ، وكذا كل ما قبل النوى بها ، ونية الحيض بواحدة غير مسبقة بواحدة منوئ بها الطلاق يقع بها الطلاق ، وثبتت بها حالة المذاكرة فيجري فيها الحكم المذكور لها ، بخلاف ما إذا كانت مسبقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الطلقة الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق . ولا يجزئ التخييع بعد هذا ، وأن هذا فيما إذا كان الخطاب مع من هي من ذوات الحيض ، فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالأول طلاقا وبالباقى تربصا بالأشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ، ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال دبابة لاحتمال قصد التأكيد كأنه طالق طالق لا قضاء لأنه خلاف الظاهر ، وعلمت أن المرأة كالقاضي لا يحل لها أن تمكنه من نفسها إذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه ، وقد ظهر مما ذكر أن حال مذاكرة الطلاق لا تقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من أنها حال سؤاها أو سؤال أجني طلاقها ، بل هي أهم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع ، ثم على هذا لقاتل أن يقول : المذاكرة التي تصير الكناية معها ظاهرة في الإيقاع إنما هي سؤال الطلاق لأن ذكر الكناية الصالحة للإيقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الإيقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم إرادة الطلاق ، بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بإيقاع الطلاق مرة ، فإن الإيقاع مرة لا يوجب ظهور الإيقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا في الإيقاع حتى لا يقبل قوله في عدم إرادته بالكناية (قوله وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية إنما يصدق مع اليقين) الخ) قلنا بيانه ونقله من الكافي للحاكم ولزوم اليقين لما فيه من الإلزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليقين ، والأقرب أنه لنفي التهمة أصله حديث تحليف ركاة المتقدم .

[فروع] طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنة صارت بائنة ، وقال محمد : لا تكون إلا رجعية . ولو قال جعلتها

طلاقا لا غير وقعت ثلاث . نوى بالآخرين طلاقا غير وقعت ثنتان . نوى بالأولين حيضا لا غير وقعت ثنتان . نوى بالآخرين حيضا لا غير وقعت واحدة . نوى بالأولى والثالثة طلاقا لا غير وقعت ثلاث . نوى بالأولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثالثة طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثالثة حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثلاث . نوى بالأولى والثالثة طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثالثة طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت واحدة . وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى أنه الية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك ، والله الموفق (وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليقين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره ، والقول قول الأمين مع اليقين) والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

ثلاثا صارت ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : لا تكون إلا واحدة لأن الواحدة لا تكون ثلاثا . ولحمد في .
الأول أن جعله الواحدة الرجعية بآنية تغيير للمشروع فبرد عليه . قلنا : يملك البائن لما ذكرناه قريبا ، لكنه لم
لم ينصر على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البيونة ، فإذا أبانها التحقت
بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان مالكا لأصله ووصفه وملك إلحاق
وصفه بأصله كتفديد عقد الفصولى . واعلم أن الصريح يلحق بالبائن عندنا ، والبائن عندنا ، والبائن يملح الصريح
لا البائن إلا إذا كان معلقا ، فلو قال لما بعد الخلع أنت طالق يقع الطلاق عندنا خلافا للشافعى ، ولو قال بائن
لم يقع اتفاقا ، ولو قال إن دخلت فأنت بائن ينوى الطلاق ثم أبانها فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا
خلافا لغيره . أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى - فلا جناح عليهما فيها افتدت به - يعنى الخلع ، ثم قال
تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والقاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع .
وعن أبي سعيد الخدري عنه صلى الله عليه وسلم « المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة » وهنا القيد
الحكمى باق لبقاء أحكام النكاح ، وإنما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحليص ، ولهذا لحق
البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع ، وأما عدم لحق البائن البائن فلإمكان جعله خبرا عن الأول وهو صادق
فيه فلا حاجة إلى جعله إنشاء لأنه اقتضاء ضرورى ، حتى لو قال عنت به البيونة الغليظة ينبغى أن يعتبر وتثبت
الحرمة الغليظة لأنها ليست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله إخبارا عن أنها ثابتة فتجعل إنشاء ضرورة ، ولهذا وقع
البائن المعلق قبل تنجيز البيونة كما مثناه لأنه صبح تعليق ولم يمكن جعله خبرا حين صدر . وأورد عليه أن مثله
لازم في أنت طالق أنت طالق فزعم أن لا يلحق الصريح . أجيب بأنه لا احتمال فيه لأن أنت طالق متعين للإنشاء
شرعا . ولو قال أردت به الإخبار لا يصدق قضاء ، وفي مسئلتنا لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذى وقع
أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق ، وقد عرف من
استدلالم الذى أطبقوا عليه أن المراد من البائن الذى لا يلحق ماهو يلفظ الكناية لأنه هو الذى ليس ظاهرا في إنشاء
الطلاق ، وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق وأنت طالق ، ولأنهم جعلوه مقابل الصريح ، ولا
يقابله البائن إلا إذا كان كناية لأن الصريح أهم من البائن لأنه مالا يحتاج إلى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا ،
والكناية يحتاج إليها ، - غير أنه لا يقع بها في غير الألفاظ الثلاثة احتدى . استبرئ رحلك أنت واحدة إلا بائن . وفي
الخلاصة نقلنا من الزيادات : الذى يلحق البائن لا يكون رجعيا ، والصريح يلحق البائن وإن لم يكن رجعيا .
وقوله الذى يلحق البائن لا يكون رجعيا لأنه لا يتصور لأن البيونة السابقة تمنع الرجعة التى هى حكم الصريح
غير القيد بل بأنه ما ذكر من أنه إذا أبانها ثم قال لما أنت طالق بائن يلفو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة
فكان ذكره وتركه سواء ، وما زاد في تعليق الإلغاء في هذه المسئلة في الحاوى من قوله يلفو تصحيحا لكلامه
لامعنى له ، وحل مجرد الإلغاء اقتصر في الخلاصة ومعه ما ذكرنا . وعلى هذا فما وقع في حلب من الخلاف في
واقعة ، وهى أن رجلا أبان امرأته ثم طلقها ثلاثا في العدة الحق فيه أنه يلحقها لما سمعت من أن الصريح وإن كان
بائنا يلحق البائن ، ومن أن المراد بالبائن الذى لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجب الوجه . وفي الحقائق : لو قال

إن فعلت كذا فحلل الله على "حرام" ، ثم قال هكذا لأمر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن . ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين : ينبغي أن يقع آخر ، وقال : هذا ينبغي أن يحفظ .

[تمة] في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه : لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة تكذبهما ، ولو شهدا أنه طلق إحدى نسائه بعينها ونسائها فشهادتهما باطلة ، ولو شهد أنه طلق إحداهن بغير عينها ألزمناه الإيقاع على إحداهن استجسانا ، وفي القياس هو كالأول ، ولو شهد شاهد على طلقين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبي حنيفة ، وعندهما تجوز على طلقين ، وتأتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة ، وإذا شهد شاهد عدل على الطلاق سألت المرأة القاضي أن يضعها على يد عدل حتى تأتي بالآخر لا يفعل ويدفعها إلى زوجها . فإن كان الطلاق بائنا وادعت أن بقية الشهود بالمصر وشاهدوا عدل ، فإن أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى ينظر ما تصنع في شاهدها الآخر فهو حسن ، وإن دفعها للزوج لا بأس به ، ولو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا والآخر أنه قال أنت على "حرام بنوى الطلاق فهي باطلة ، وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار وأنها دخلت والآخر أنه طلقها إن كلمت فلانا وأنها كلمته ، وكذا إن اختلفا في ألفاظ الكنايات ، وكذا في مقادير الشروط التي علق عليها في التعليق والإرسال ومقادير الأجسام وصفاتها وفي اشتراطها وحلقها ، وإذا شهد أنه قال إن دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانة معها والآخر أنه قال وحدها وقد دخلت فلانة تطلق وحدها لأنهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ، ولو شهد واحد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية ، وكذا إذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف ، والأصل عنده أنها في العطف تصح في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مراده ، بخلاف البائن فلذا لا تقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لأن الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمبرادفها ، وسأقي هذا الأصل في باب الاختلاف في الشهادة ، ولو شهد أنه قال فلانة طالق لأبل فلانة والآخر على أنه معنى الأولى فقط جازت على الأولى ، ولو شهد أنه قال طالق الطلاق كله والآخر على أنه قال بعد الطلاق لم تجز الشهادة عنده ، وعندهما تطلق واحدة ، ولو شهدا أنه قال طالق والآخر أنه أقر بالطلاق جازت ، وكذا إن اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بأن شهد أنه طلقها يوم النحر بمكة والآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما ، ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الأيام قدر ما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما ، ولو شهد اثنان أنه طلق حمرة يوم النحر بالكوفة والآخر أنه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ، ولو جاءت إحدى البنتين تقضي بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها ، وإذا قال رجل لأمرأتي أيكما أكلت هذا فهي طالق فجاءت كل بينة أنها أكلته تطلقان جميعا ، وإن جاءت إحداهما ببينة فحكم بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها ، وإن كانتا أكلتا لم تطلقا .

(باب تفويض الطلاق)

(فصل في الاختيار)

(وإذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق أو قال لها طلق نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك ، فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها) لأن الخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ،

(باب تفويض الطلاق)

(فصل في الاختيار)

لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره ، ونحت هذا الصنف ثلاثة أصناف : التفويض بلفظ التحخير ولفظ الأمر باليد ولفظ المشيئة قوله إذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق (يعنى ينوى تحجيرها فيه) أو قال لها طلق نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك) وإن طال يوما أو أكثر ولم يتبدل بالأعمال (فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها ، لأن الخيرة لها خيار المجلس بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم) قال ابن المنذر : واختلفوا في الرجل يغير زوجته ، فقالت طائفة أمرها بيدها فإن قامت من مجلسها فلا خيار لها ، روينا هذا القول عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، وفي أسانيدنا مقال ، وبه قال جابر بن عبد الله ، وقال به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وفيه قول ثان وهو أن أمرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره ، وهذا قول الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وبه نقول ، ويدل على صحة قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها « لا تعجل حتى تستأمرى أبويك » وحكي صاحب

(باب تفويض الطلاق)

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة ، وآخره لأن الأصل تصرف المرء لنفسه .

(فصل في الاختيار)

هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح . وحاصله أن فيه قياسا واستحسانا . القياس يقتضى أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء ، ومن لا يملك شيئا لا يملك تملكه لغيره ، لكن استحسنا ترك القياس لإجماع الصحابة . روى عن عمر وعثمان وعليّ وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة أنهم قالوا : إذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك ، فإذا قامت فلا خيار لها . ولم يقل عن غيرهم خلاف ذلك

(باب تفويض الطلاق)

(قال المصنف : ينوى بذلك الطلاق) أقول : أي تفويض الطلاق ، فالصنف محذوف

ولأنه تملك الفعل منها ، والتعليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع ، لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة

المغنى هذا القول عن علي فاعترض على نقل الإجماع . والجواب أن الرواية عن علي لم تستقر ، فقد روى عنه كقول الجماعة ، ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله أنه قائل بالاعتصار على المجلس قال : بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يغير امرأته أن لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك ، فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون إجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم ، وأين من نقل عنهم من التابعين القول الأول ممن نقل عنهم الثاني . وقوله في أسانيدنا مقال لا يضر بعد تاتي الأمة بالقول ، مع أن رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة . وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة « لا تعجلي الخ » فضعيف ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يكن يخبره بذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهي أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها ، ألا ترى إلى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم - إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جحلا - (قوله ولأنه تملك الفعل منها والتعليكات تستدعي جوابا في المجلس) أورد لو كان تملكيا لم يبق الزوج مالكا للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكا كله لأكثر من واحد في زمان واحد وهو متنفذ ، فإنه لو طلقها بعد التخيير وقع . وأيضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث . وقد نص محمد على أنه يحنث وهو يقتضي أن تكون نائية عنه لمالكة . وأيضا يصح عندنا توكيل المديون بإبراء نفسه ، وهذا يرد على تعليل كونه تملكيا بأنها عاملة لنفسها . وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل لاختياره بحيث لا يلحقها

فحل محل الإجماع . وقوله (ولأنه تملك) دليل معقول على أن الأصل أن يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع ، وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية أن القياس أن لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لأن التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأييد يتأيد ، لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة ، والمصنف جعله كالبيع في كونه تملكيا ، ثم لا يخلو إما أن يكون البيع مما يتأيد ، وما لا يتأيد ، فإن كان الأول بطل القياس : أعني قياس المصنف التخيير على البيع لأنه مما يقتصر على المجلس ، وإن كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكره صاحب النهاية . ثم فرق بين التملك والتوكيل بأن التملك يقتضي أن يكون المالك له عاملا لنفسه ، والتوكيل يقتضي أن يكون الوكيل عاملا لغيره ، والمرأة بعد التخيير إنما تعمل لنفسها فكان التخيير تملكيا لا توكيلا . وأورد على ذلك شيئا : أحدها أن رب الدين إذا وكل المديون بإبراء ذمته عن الدين فهو وكيل وإن كان عاملا لنفسه في إبراء ذمته عن الدين ، والدليل على أنه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ، ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الإبراء . والثانية أن التخيير لو كان تملكيا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح . والثالثة أنه لو قال طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلق وطلقت هي نفسها حنث الزوج في عيونه ، ولو ملكت طلاقها لما حنث . وأجيب عن الأول بما حاصله أن تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمنى غير معتبر وهو ليس بدافع

(قوله وهو مخالف لما ذكر الخ) أقول : يجوز أن يكون ما ذكره المصنف وجه الاستصمان فلا مخالفة بينهما حيثلة (قوله أمي قياس المصنف التخيير على البيع لأنه الخ) أقول : ضمير لأنه واضح إلى التخيير . قال المصنف : لأن نواحات المجلس) أقول : هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لما لا يحنث (قوله وهو لا يصح) أقول : ذلك أن تمتع ذلك في الأموال (قوله وقع في ضمن صحة وكالته الخ) أقول : أي في ضمن عمله للموكل يحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الإجراء بخلاف الاختيار فلا يوجب حيثلة ما أوردته البادع للجمال .

واحدة ، إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر ، إذ مجلس الأكل غير مجلس

إثم على نفس الفعل ولا خلف في عدم فعله ، بخلاف الوكيل فإنه يخلف إن لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فإن تمليك الفعل هكذا ، ولزوم انتضاء الملك بالتمليك في الأعيان لاقى ملك الأفعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كلاً وهو الاقتصاد ، ومسئلة المين ممنوعة والحنث قول محمد ، والمنع مذكور في الزيادات لصاحب المحيط ، وأما المديون فوكيل ، وإنما وقع عمله في الإبراء لرب الدين باعتبار أمره ، وثبت أثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته ، وفي هذا نظر نبريه في تطبيقها نفسها بأن يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الإيقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمناً ، ولو ألزم كون المديون مملوكاً لم يصح لانتفاء لازمه لأن للدائن أن يرجع قبل الإبراء وسندكر ما هو الأوجه : واعلم أن الجواب الذي يستدعيه التملك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطبيقها نفسها وهو بعد تمام التملك فليس هذا الوجه مستلزماً للمطلوب ، ولهذا قال في اللخيرة إن هذا التملك يخالف سائر التلكيات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس إن كانت غائبة ، ولا يتوقف على القبول ، فظهر أن هذا التملك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التلكيات ، ولكونه تمليكا يتم بالملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لالكونه متضمناً معنى التعليق لأنه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى إن بعته فقد أجزته ، والولايات لتضمنها إذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضى أن لا يصح الرجوع والعزل فيها فلا حاجة إليه لهذا المعنى لا يثبتنا على ما ذكرنا ، لكن إذا كان الملك يثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التلكيات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس ، بل بقاؤه هو الموافق لسائر التلكيات التي يثبت الملك عندها ، وإنما خالفها بما ذكرنا باعتبار اقتضائه على المجلس والمستند فيه إجماع الصحابة . واعلم أن الاقتصاد على المجلس في الخطاب المطلق ، أما لو قال طلق نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره ، وإذا فرض وهي غائبة اعتبر مجلس علمها ، ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في ذلك اليوم ، فلو مضى اليوم ثم علمت يخرج الأمر من يدها ، وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس ، وليس للزوج أن يرجع قبل انقضاء المجلس لأنه بمعنى المين ، إذ هو تعليق الطلاق بتطبيقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق (قوله إذ مجلس الخ) لو كانا يتحدثان فأخذا

بحواز أن يقال مثله في التخيير بأنها تعمل لنفسها في ضمن محبة وكالتها ، وكذا بقية كلامه في الأجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره . وأقول : التملك هو الإقرار الشرعي على عمل التصرف والوكيل هو الإقرار على التصرف وحيثما تندفع الشبهة الأولى . والجواب عن الثانية أن التخيير تملك لكن لا يثبت به الملك لها إلا بالقبول ، فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده . وعن الثالثة بأن المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات . ثم إن المرأة إما أن تختار زوجها أو نفسها ، فإن اختارت زوجها لم يقع شيء . وقال على رضى الله عنه : تقع تطليقة رجعية ، كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقاً . وإنما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضى الله عنها أنه لا يقع في ذلك شيء ، قالت عائشة : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارناه ، ولم يكن

(قوله والجواب عن الثانية الخ) أقول : فيه بحث ، إذ ما ذكره يمر إلى أن يوجد التملك والتملك ولا يحصل للملك كما لا يخفى (قوله قالت عائشة رضى الله عنها) خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم (لم يكن التخيير الذي فيه الكلام وهو أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها ، ألا يرى إلى قوله تعالى - فصالحين أمسين وأبرسكن - سراً جيل - في محبة التملك كلام ، وسيجيء زيادة كلام متعلق بالمقام .

المناظرة ومجلس القتال غيرهما . ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض ، بخلاف الصرف والسلام لأن المسد هناك الافتراق من غير قبض ، ثم لا بد من النية في قوله اختارى لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره (فإن اختارت نفسها في قوله اختارى كانت واحدة بائنة) والقياس أن لا يقع بهذا شيء ، وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفاوض إلى غيره إلا أنا استحسانه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأنه يسيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ، ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن (ولا يكون ثلاثا وإن

في الأكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الأكل ، فلو انتقلا إلى المناظرة انقضى مجلس الأكل وجاء مجلس المناظرة ، ولو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لأن العطش قد يكون شديدا يمنع التأمل ، وليس الثوب قد يكون لتدعو شهودا ، بخلاف ما لو أكلت ماليس قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج قسرا فإنه يخرج الأمر من يدها لظهور الإعراض به . ووجه بأن في الإقامة أنها يمكنها مما نعت في القيام أو تبادل الزوج باختيارها نفسها فقدم ذلك دليل الإعراض ، وكذا إذا خاضت في كلام آخر ، قال تعالى - حتى يوضؤوا في حديث غيره - أفاد أنه إعراض عن الأول (قوله ثم لا بد من النية) أى نية الطلاق في قوله (اختارى) لأنه يحتمل تخييرها في نفسها (بالإقامة على النكاح وعلمه (ويحتمل تخييرها في غيره) من نفقة أو كسوة ، فإذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه ، أما إذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال : لم أنو الطلاق لا يصدق في القضاء ، وكذا إذا كانا في غضب أو شتمية ، وإذا لم يصدق في القضاء لابع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل (قوله والقياس أن لا يقع بها شيء) لأن التملك فرع ملك المملك وهو لا يملك الإيقاع بهذه اللفظة ، لو قال اخترت نفسي منك أو اخترتك من نفسي ناويا لا يقع ، إلا أنا استحسان الوقوع باختيارها بإجماع الصحابة رضي الله عنهم (قوله ولأنه يسيل الخ) ظاهره أنه وجه آخر للاستحسان بقابل القياس وينقضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة ، وهو لا يقتضى ذلك وإنما يقتضى جواز إقامتها مقامه في الفراق ولا تلاق بينهما ، بل يقتضى أن لا يقع به لأن إقامتها مقام نفسه فيها يملكه ولا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس (قوله ثم الواقع بها بائن) روى عن زيد بن ثابت أنه ثلاث ، وبه أخذ مالك في المخلول بها ، وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة ، وعن عمر وابن عباس وابن مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعي وأحمد ، وثبت عن علي رضي الله عنه أن الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغائتين . ورجع قول عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على أن الطلاق يقبب الرجعة إلا أن تكون الطلقة الثالثة ، وأنت علمت أنه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم إخراج الطلاق بما دل على البينة من الألفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسي ، بل نفس تخييرها بقيد ملكها نفسها إذا اختارتها لأنه ينبئ عن الاستغلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينة ، ولأنه لم تحصل فائدة التخير إذا كان له أن يرجعها شامت أو أبت . وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية ، فاختلفت الرواية عنهما . وقد ترجع بما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود ، ثم هو غير متوعد لأنه إنما يفيد الخلوص والصفاء والبينة تثبت فيه مقتضى فلا يم ، بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث في قوله اختارى وإن نواها

ذلك طلاقا ، وإن اختارت نفسها فهي واحدة بائنة عنتنا وهو قول علي لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ، وذلك في البائن ، ولا يقع ثلاث . وإن نوى الزوج لأن الاختيار لا يتوعد ، بخلاف الإقامة فلأنها تتوعد كما تقدم

لوى الزوج ذلك) لأن الاختيار لا يتنوع ، بخلاف الإبانة لأن البيئونة قد تنوع . قال (ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها ، حتى لو قال لها اختارى فقلت قد اخترت فهو باطل) لأنه عرف بالإجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم الآخر ولا تعيين مع الإبهام (ولو قال لها اختارى نفسك فقلت اخترت تقع واحدة بآنية) لأن كلامه مفسر وكلامها خرج جواباً له فيتضمن إعادته

بخلاف التفويض بقوله أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لأن الأمر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفرادها لفظاً والمصدر يحتمل نية العموم . وقيل الفرق أن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس بإجماع الصحابة ، وإجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة ، بخلاف تلك المسائل : أى بائن ونحوه لأن الوقوع مقتضى نفس الألفاظ ومقتضاها البيئونة وهى متنوعة ، وفيه نظر لانتفاء إجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت أن الواقع به ثلاث قولاً بكمال الاستخلاص) وقوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها (يعنى أو ما يقوم مقامه كالاختيار والتطليقة ، وكذا إذا قالت اخترت أبى وأبى أو الأزواج أو أهلى بعد قوله اختارى يقع لأنه مفسر في الأزواج ظاهر ، وكذا أهلى لأن الكون عندهم وهو المجهول من اخترت أهلى إنما يكون البيئونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج الحق بأهلك ، بخلاف قولها اخترت قولى أو ذا رحم محرم لا يقع ، وينبئ أن يحمل على ما إذا كان لها أب أو أم ، أما إذا لم يكن لها أخ ينبئ أن يقع لأنها تكون عنده عادة عند البيئونة إذا علمت والدين . وإنما اكتفى بذكر هذه الأشياء في أحد الكلامين لأنها إن كانت في كلامه تضمن جواباً إعادته كأنها قالت فعلت ذلك ، وإن كان في كلامها فقد وجد ما ينحصر بالبيئونة في اللفظ العامل في الإيقاع فالحاجة معه ليس إلا إلى نية الزوج ، فإذا فرض وجودها تمت علة البيئونة فتثبت ، بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لأن المبهم لا يفسر المبهم إذ لفظه حيثل مبهم . ولذا كان كناية لاحتال اختارى ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره . وأيضاً الإجماع إنما هو في المفسر من أحد الجانبين والإيقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ، ولولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقاً عليه لكنه باطل ، وإلا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلاً كاسقنى ، وبهذا يبطل اكتفاء الشافعى وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ، ولو قال اختارى فقلت اخترت نفسى لا يل زوجى يقع ، ولو قلت زوجى لا يقع . والوجه عدم صحة الرجوع في الأول وخروج الأمر من يدها في الثانى ، ولو قالت اخترت نفسى أو زوجى لم يقع ، ولو عطف بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو

(وقوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها) قال في النهاية : هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق إرادة الطلاق البائن من التخيير ، فإن البيئونة كما تقع عند ذكر النفس في أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في أحد الكلامين كالطليقة والاختيار . وهو واضح . وقوله (حتى لو قال لها اختارى فقلت اخترت فهو باطل) قيل هذا إذا لم يصدقها الزوج بأنها اخترت نفسها ، أما إذا صدقها طلق وإن كان الكلامان مبهمين . وقوله (ولا تعيين مع الإبهام) يعنى أن اختارى من الكليات يحمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الإبهام ، وقوله (ولو قال اختارى نفسك) ظاهر . وقوله (فيتضمن إعادته) أى إعادة كلامه

(قال المصنف : لأنه عرف بالإجماع) أقول : أى لأن وقوع الطلاق بلفظ الاعتبار (قال المصنف : وهو في المفسرة) أقول : أى وقوع

(وكذا لو قال اختارى اختياراً فقالت اخترت) لأن الهاء في الاختياره تنبئ عن الاتحاد والأفراد، واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار مفسراً من جانبيه (ولو قال اختارى فقالت: قد اخترت نفسى يقع الطلاق إذا نوى الزوج) لأن كلامها مفسر، وما نواه الزوج من محتملات كلامه (ولو قال اختارى فقالت أنا اختار نفسى طالق) والقياس أن لا تطلق لأن هذا مجرد وعد أو يحتمله، فصار كما إذا قال لها طلقى نفسك فقالت أنا أطلق نفسى.

مابعد، ولو خيرها ثم جعل لها ألفاً على أن تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لأنه رشوة إذ هو اعتياض عن تركه حتى تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشمعة (قوله وكذا لو قال اختارى اختياراً الخ) يعنى أن ذكره الاختياره في كلامه تفسير من جانبيه كذكره نفسها، فلو لم ترد هي على اخترت وقعت بائنة. ووجهه بأن الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة بأن قال لها اختارى فقالت اخترت نفسى فإنه إنما يقع به واحدة ويتعدد أخرى بأن قال لها اختارى اختارى أو اختارى نفسك بثلاث تطبيقات أو بما شئت فقالت اخترت يقع الثلاث، فلما قيد بالوحدة ظهر أنه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسراً، فلزام التناقض بأنه أثبت هنا إمكان تعدد الواقع ولو ثلاثاً ونفاه فيها تقدم بقوله لأن الاختيار لا يتنوع متدفع لأنه لم يلزم ما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبيئونة إلى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر. فلان قيل: إجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي أن لا يجوز بقولها اخترت اختياراً أو أهل ونحوه فإن هذه لم يجمع عليها. قلنا: عرف من إجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظاً من جانب فيقتصر عليه فينتفى غير المفسر، وأما خصوص لفظ المفسر فعلموا الإلغاء، واعتبار المفسر أعم منه حتى بقرينة غير لفظية يوجب ما ذكرنا من الوقوع بلا لفظ صالح، ولو اختارت زوجها لا يقع شيء. وعن عليّ تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ إيقاعاً، لكن قول عائشة رضى الله عنها «خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارته ولم يعده علينا شيئاً» رواه الستة. وفي لفظ في الصحيحين «فلم يعد» يفيد عدم وقوع شيء (قوله فقالت أنا اختار نفسى) المقصود أنها ذكرت بلفظ المضارع كأختار نفسى سواء ذكرت أنا أولاً، ففي القياس لا يقع لأنه وعد، كما لو قال طلقى نفسك فقالت

فكانها قالت اخترت ما أمرتني باختياره وهو النفس. وقوله (وكذا لو قال اختارى اختياراً) بيان ما يقوم مقام النفس في التفسير (لأن الهاء) أى التاء (في الاختياره تنبئ عن الاتحاد) لكونها للمرة، والاتحاد إنما يكون في اختيارها نفسها لأنه يتحد مرة بأن قال لها اختارى نفسك بتطبيق (ويتعدد أخرى) بأن قال لها اختارى نفسك بما شئت أو بثلاث (فصار مفسراً من جانبيه) بخلاف اختيارها الزوج فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إبقاء النكاح وهو غير متعدد. وقوله (ولو قال لها اختارى فقالت اخترت نفسى) ظاهر، ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسراً بذكرها الاختياره، كما لو قال الزوج اختارى فقالت المرأة اخترت اختياراً، والحكم فيهما سواء لأن ذكر الاختياره لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة إليه سواء، فكذلك بالنسبة إلى ذكر الاختياره (ولو قال اختارى فقالت أنا اختار نفسى طالق) والقياس أن لا تطلق لأن هذا مجرد وعد) يعنى إن أرادت الاستقبال (أو يحتمله) إن لم ترد، فصار كما إذا قال لها طلقى نفسك فقالت أنا أطلق نفسى) فإنه لا يقع الطلاق بهذا

الطلاق بلفظ (قوله يعنى إن أرادت الاستقبال أو يحتمله إن لم ترد) أقول: فيه تأمل، فإنه إذا لم يرد الاستقبال كيف يحتمل الزم، (١١ - فتح القدير ج١ - ٤)

وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها ، فلما قالت « لا بل أختار الله ورسوله » اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ، ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال ويجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة ، وأداء الشاهد الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسي لأنه تعذر حمله على الحال لأنه ليس بحكاية عن حالة قائمة ، ولا كذلك

أنا أطلق حيث لا تطلق ، وكذا لو قال لعبد أعتق رقبك فقال أنا أعتق لا يعتق . وجه الاستحسان حديث عائشة في الصحيحين عنها قالت « لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ في فقال : إني ذاكر لك أمرا ولا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمرى أبويك ، وقد علم أن أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه ، ثم قال : إن الله تعالى قال لي - يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها وتمنكن من أنفسكم فاعلمن أن الله قد جعل لهن ما يرضين من أنفسهن - ففعلت » أستأمر أبوي ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت » وفي لفظ مسلم « بل أختار الله ورسوله » واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا . لا يقال : قد ذكرت أن التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس هذا التكميل فيه بل لأنهن لو اخترن أنفسهن يطلعن لأن المقصود بالاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه في الحال ، وقول المصنف (ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال ويجوز في الاستقبال) هو أحد المذاهب ، وقيل بالقلب ، وقيل مشترك بينهما ، وعلى اعتبار جعله لأحوال خاصة أو مشتركا لفظيا يرجع هنا إرادة أحد مفهوميه : أعني الحال بقرينة بكونه إخبارا عن أمر قائم في الحال ، وذلك يمكن في الاختيار لأن عمله القلب فيصبح الإخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الإخبار كما في الشهادة وكلمة

(وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روى « أنه لما نزل قوله تعالى - يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتكن وأسرحن سرحا جميلا - بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال : إني مخبرك بأمر فلا تخيبيني حتى تستأمرى أبويك ، ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر أبوي ؟ لا ، بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة » واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وإن كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد (ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال ويجوز في الاستقبال) والحقيقة يمكن أن تكون مرادة (كما في كلمة الشهادة) فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه إيمانا لا وعدا بالإيمان ، وكذا الشاهد إذا قال : أشهد بكذا فلا يصير إلى الجاز (بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لأن الحمل على الحقيقة متعذر) إذ ليس ثمة حالة قائمة بالتكلم يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث أن الإيقاع باللسان دون

ولعل الأول أن يقال مجرد وعد إن وضعت للاستقبال فخط على مذهب إليه يفهم ، أو يحتمل إن كانت مشتركة (قوله بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها إلى آخر الحديث) أقول : فيه بحث لعمري وجه . ولك أن تقول : لا تأسر الحاجة في تصحيح التعليل إلى جعل ما وقع في الحديث التخيير الذي فيه الكلام (قال المصنف : ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال) أقول : أراد الحقيقة بسبب الوضع العرفي الطارئ على ما قالوا في أمسي الفاعل والمفعول فلا يخالف لما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فإن ذلك بسبب الوضع الأصلي (قال المصنف : لأنه ليس بحكاية عن حالة قائمة الخ) أقول : فإن قيل لو صح ذلك لزم أن لا يكون أشهد في كلمة الشهادة وأداء الشاهد مراد به الحال إذ لا يمكن أن يكون حكاية عن حالة قائمة فإن الشهادة غير يكون على موافاة قلب . قلنا : هو حكاية عما في سين أشهد من قولنا لا إله إلا الله مع الاعتقاد لمضمونه ، وذلك القول وإن كان موجودا به أشهد إلا أن الاعتقاد التالي وهو العدة لما وجد سين التلخيص بلفظ أشهد وجزؤه الآخر يوجد عقبيه بلا فصل عد حالا على ما ذكر في أثناء التكلم على حديث « المشايخ بالغيار » فلم يفرقا « فرأبهم

قولها أنا اختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ، ولو قال لها اختارى اختارى فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثا في قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه : ولا يحتاج إلى نية الزوج (وقالا : تطلق واحدة) وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذى

الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسي لا يمكن جعله إخبارا عن أمر قائم لأنه إنما يقوم باللسان ، فلو جاز قام به الأمران في زمن واحد وهو محال ؛ وهذا بناء على أن الإيقاع لا يكون بنفس أطلق لأنه لا تعارف فيه ، وقدما أنه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا إن تعورف لأنه إنشاء لا إخبار (قوله ولا يحتاج إلى نية الزوج) ولا إلى ذكر نفسها ذكره في الدراية لأن في لفظه ما يدل على إرادة الطلاق وهو التعدد ، وهو إنما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج ، وهذا يفيد عدم الاحتياج إليها في القضاء ، حتى لو قال لم أنو لم يلتفت إليه ، ويفرق بينهما لاعداء الاحتياج إليها في الوقوع فيها بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ، ويدل على هذا رواية الزيات بأشراط النية وإن

القلب ولم يصح فعل الإنسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معلوم بعد والحكاية تقتضى وجود المحكى عنه (ولا كذلك اختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها) لأن الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة . واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بأن النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والمستقبل وهم أعرف بالموضوعات . وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بأن أحد معني المشترك يرجع بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة إرادة الحال به ، إذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أم لك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة ، وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا اهل . وأقول : بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوى فلا يعتبر بكلامهم فيه ، وإنما هو وظيفة الأصول أو وظيفة البيان ، وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل إلينا من كتبهم ، وأهل الأصول نقلوا فيه الخلاف ، فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف ، ومنهم من قال بالعكس ، ومنهم من قال بالاشتراك ، والأول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة ، والقول بالاشتراك مرجوح لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لأن الاشتراك حمل بالفهم على ما عرف . قال (ولو قال لها اختارى اختارى اختارى فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة ، ولا يحتاج إلى نية الزوج ولا إلى ذكر النفس ، وعندهما تطلق واحدة ، وإنما لا يحتاج إلى النية) وإن كانت من الكنايات (لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذى

(قوله ولم يصح فعل الإنسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معلوم بعد والحكاية تقتضى وجود المحكى عنه) أقول : الأولى أن يحمل بعدم التنكير ولزوم مقابلة الحكاية المحكى ، وأما ما ذكره فلزمح يلزم أن لاتصح الحكاية عن الحالة المستقبلية حذف . ويمكن أن يقول تعليقه بما قلنا ، ومواده أن الحكاية على أى وجه كانت تقتضى وجود المحكى على ذلك الوجه إن حالا فعلا وإن استقبالا فاستقبالا (قوله وهذا كما ترى ليس بدافع الخ) أقول : لا يخفى أن جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل وبطلة الكتب مشحونة ، بل لنا أن نقول قول المصنف ولأن هذه الصيغة الخ إشارة إلى منع المقدمة الثالثة في وجه القياس إن هذا مجرد وعد الخ مع السند ، فجواب صاحب النهاية حاصله أن ما ذكر كلام على السند الأنخص فإن تقريره يتكفل ببيان أخسية السند كما لا يخفى على المتأمل (قوله وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوى فلا يعتبر بكلامهم فيه) أقول : فيه بحث ، فإن المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك أنه بحث لغوى ومن ثم أهمية الفقرة يعتمد عليها في نقلها لا كونها حقيقة ومجازا فليتل

يتكرر لهما إن ذكر الأولى ، وما يجرى مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الأفراد فيعتبر فيها يفيد .

كرر . وما في الجامع قال اختارى اختارى بألف ينوى الطلاق فاشتراط النية مع المال والتكرار فضلا عن أحدهما وهذا لما عرف أن الأحوال شروط ، لكن في شرح الزيادات لقاضيهان : لو كثر فقال أمرك بيلك أمرك بيلك أو فأمرك بيلك أو وأمرك بيلك بالفاء أو بالواو فقالت : اخترت نفسى وقال الزوج لم أنو الطلاق كان القول قوله لأن التكرار لا يزيل الإبهام ، وكذا لو كثر الاختيار انتهى وهو الوجه . وتحقق في المسئلة خلاف بين المشايخ ، وما ذكره المصنف ذكره الصبر الشهيد والعناني وغيرهما ، وشروط أبو معين النية مع التكرار كقاضيهان . ومنهم من استشهد بما استشهدنا به في لزوم النية فيها بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ، ولا يفتى بعده في مسئلة الجامع الكبير ، لأن ذكر المال ظاهر في إرادة الطلاق فكيف يصدق القاضي إذا أنكر إرادة الطلاق . وأما ما في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الأمر : أى يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الأمر لأن الأصل أن إثبات أجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع لا يجب إنما هو بالنسبة إلى نفس الأمر وليس كل ما يشترط في نفس الأمر يشترط للقضاء ، غير أنا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من أنه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنه فاقول قوله لانهاض الوجه به لأن تكرار أمره بالاختيار لا يصيرها ظاهرا في الطلاق لجواز أن يريد اختارى في المال واختارى في المسكن ونحوه ، وهو كاعتدى اعتدى حيث يصدق في إنكار نية الطلاق لإمكان إرادته اعتدى نعم الله ومعاصيك ونعمى . وما في الدياتع : لو قال اختارى اختارى فاختارت نفسها فقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقيتين التأكيد لم يصدق لأنه لما نوى بالأولى الطلاق كان الحال حال مداورة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ، ومثله في المحيط ظاهر . وقال في الكافي في مسئلة الكتاب : قبل لا بد من ذكر النفس ، وإنما حذف لشهرته لأن غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب ، وعلى هذا فينبى أن حذف النية في الجامع الصغير كذلك (قوله إن ذكر الأولى وما يجرى مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب) يعنى هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة ، فإن بطل الثاني في خصوص هذا المحل لاستحالة في المجتمع في الملك ، أعنى الثلاث التى ملكها بقوله اختارى ثلاث مرات ، إذ حقيقة الترتيب في أفعال الأعيان كما يقال صام حج

يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج إلى ذكر النفس لزوال الإبهام ، قال : الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب ، وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الأفراد ، وكأنها قالت اخترت التغطية الأولى لأن معنى قولها اخترت الأولى اخترت ما صار لى بالكلمة الأولى ، والذي صار إليها بالكلمة الأولى تغطية فكانها صرحت بذلك وفى ذلك يقع واحدة فكلها ههنا . ولأى حقيقة أن هذا وصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وإنما الترتيب في فعل الأعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخر وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذى هو للترتيب وهو الأولى وأختاها ، وإذا لغا اللفظ من حيث الترتيب يلغون من حيث الأفراد أيضا لأن الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق والأفراد من ضروراته ، وإذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء ، وإذا لغا في حقهما بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا لكل فيقع الثلاث ، وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه أطلق الكلام على الأولى أو الوسطى أو الأخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما . والثاني أن

(قوله قال الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ، إلى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق . جزاء الله عن المصنفين خيرا)

وله أن هذا وصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والإفراد من ضروراته ، فإذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء (ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا) لأنها للمرة فصار كما إذا صرحت بها ولأن الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث فمع التأكيد أولى

لم يحز بطلان الآخر فيجب اعتباره (قوله والكلام للترتيب) ذكر في المبسوط لأبي حنيفة وجهين : أحدهما أن الأولى نعت لمؤنث فاستدعي مذكورا يوصف به والمذكور ضمنا الاختيارة ، فكأنها قالت اخترت الاختيارة أو المرة الأولى ، ولو قالت ذلك طلقت ثلاثا . والآخر أنها أتت بالترتيب لأنها يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل ، وهذا تم الإشارة إليه بقوله إن هذا وصف لغو إلى قوله في المكان ، فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولها إن كان لا يفيد الترتيب النح لا يطابق الوجه الأول . والمراد بالكلام لفظ الأولى ، فإن كثيرا من الأصوليين يطلقه على المقرد ، وبعضهم ينسبه إلى كلهم ، ثم يرد عليه منع أن الأفراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الأولى ، بل كل منهما مدلوله ليس أحدهما تبعا للآخر ، حتى إذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء وهو الأفراد ، وإذا لغيا بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقنع ، ولذا اختار الطحاوي قولهما . والجواب بعد تسلّم أن الفردية مدلول تضمني فقد يكون أحد جزئي المدلول المطابق هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والإفراد من ضروراته فينتفي التبع بانتهاء المقصود والوصف كذلك ، لأنه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقيا أو اعتباريا كالتطابقة الأولى والجماعة الأولى إلا من حيث هو متصف بتلك النسبة ، فإذا بطلت بطل الكلام . وقد ضعف بعضهم تعليل أبي حنيفة رحمه الله بأن الترتيب ثابت في اللفظ وإن لم يكن ثابتا في المعنى ، فصدق وصفها بالأولى والوسطى إلى آخره باعتبار أن قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة . والحاصل من هذا اخترت لفظتك الأولى أو كلمتك الأولى ، ولا معنى له أصلا بعد فرض إهدار وصف الإطلاق به . وأبعد من هذا من رام النفع عنه بأن المعنى اخترت الإيقاع بكلمتك الأولى لأن الإيقاع لا يكون بكلمته قط بل بكلمتها مريدة بها الإطلاق . ولو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت اختيارة أو الاختيارة أو مرة أو مرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث اتفاقا لأنه جواب الكل ، حتى لو كان

الأولى اسم لفرد سابق فكان الأفراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه . والجواب عن الأول أن أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وإن لم يكن مفيدا ، وهذا على ذلك الاصطلاح ، ويجوز أن يكون مجازا من باب ذكر الكل وإرادة الجزء ، وعن الثاني بأن كلاما من ذلك صفة والصفة مادل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الأولى دالا على الفرد السابق ومعنى سبق هو المقصود فصح أن الترتيب أصل والإفراد من ضروراته لأن الصفة لا تنقوم إلا بالذات التي لزمها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاء الله عن المحصلين خيرا (ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا) وهو واضح

أقول : آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب ، وفي أوله اعتراف بعدم صحة تعليل فإنه لا يوافق المشرح أيضا ، ولا يدفعه ما ذكر في معرض الجواب عن أبي حنيفة رحمه الله (قال للصف : والكلام للترتيب) أقول : إشارة إلى الجواب عن قولها (قال المصنف : ولأن الاختيارة للتأكيد) أقول : فيه تعليل .

(ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطبيقه فهي واحدة بملك الرجعة) لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة (وإن قال لها أمرك بيدك بتطبيقه أو اختارى تطبيقه فاختارت نفسها فهي واحدة بملك الرجعة) لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطبيقه وهي مقبلة للرجعة بالنص

بما لم يزم كله (قوله فهي واحدة بملك الرجعة) وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والأوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الإسلام فإن فيه ما في الهداية . وجه الصحيح أن الواقع بالتخير بائن لأن التخيير تملك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وإيقاعها وإن كان بلفظ الصريح ، لكن إنما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به إليها ، والصريح لا ينافي البيونة كما في تسمية المال فيقع به لأنها لا تملك إلا ما ملكت ، ألا ترى أنه لو أمرها بالباين فأوقعت الرجعي أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعت . فإن قيل : ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصح طلقت جواباً لاختارتي حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر ، وسنذكر جوابه في فصل الأمر باليد (قوله لكن بتطبيقه) قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك ، وقد ذكرنا أنه لا يقع باختارت جواباً لطلقي نفسك . أجيب بأن آخر كلامه لما فسر الأول كان العامل هو المفسر وهو الأمر باليد والتخيير ، وقولها اخترت يصلح جواباً له .

(ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطبيقه) يعني في جواب من قال اختارى (فهي واحدة بملك الرجعة لأن هذا اللفظ) يعني قولها قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطبيقه (يوجب الانطلاق) أي البيونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البيونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعياً فهذا اللفظ يوجب الرجعي . فإن قيل : إذن لا يكون الجواب مطابقاً للتفويض لأن المفوض إليها الاختيار وهو يفيد البيونة أشار إلى الجواب بقوله (فكأنها اختارت نفسها بعد العدة) فكان مطابقاً من حيث أن الاختيار قد وجد منها . قال الشارحون : وقوله بملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لأن المرأة إنما تنصرف حكماً للتفويض والتفويض بتطبيقه بئنة لكونه من الكتابات فتملك الإبانة لا غير ، والأصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لأن روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا ، سوى الجامع الصغير لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب ، والدليل أيضاً يساعد ما ذكر في عامة النسخ ، فإنه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ، أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو أن التطبيق لا يتناول أكثر من الواحدة ، وإنما تكون بائناً لأن العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لأنه تملك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس (وإن قال لها أمرك بيدك بتطبيقه أو اختارى بتطبيقه فاختارت نفسها فهي واحدة بملك الرجعة لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطبيقه وهي تعقب الرجعة) قيل فعل هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك ، وقولها اخترت لا يصلح جواباً لقوله طلقي نفسك بل يلفو . والجواب أن قولها اخترت إنما لا يصلح جواباً لقوله طلقي لكونه أضعف من الطلاق فإن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ، ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق أقوى ، وههنا لم يكن

(قوله قال الشارحون : قوله بملك الرجعة غلط وقع من الكاتب) أقول : كيف يكون غلطاً من الكاتب وقد حلل بما حل به . والجواب أن مرادهم ما وقع في بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل .

(فصل في الأمر باليد)

[فروع] قال أنت طالق إن شئت واختارى فقالت شئت واخترت يقع ثلثان بالمشيئة والاختيار . ولو قال اختارى اختارى اختارى بألف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الأوليان بلا شيء والثالثة بألف لأنها المقرونة باليد كما في الاستثناء والشروط ، وكذا لو قالت اخترت نفسى اختيرة أو واحدة أو بواحدة . ولو قالت اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة تطلق ثلاثا بألف على قول أبي حنيفة ، وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء إن قالت اخترت الأولى أو الوسطى ، وبألف إن قالت اخترت الأخيرة . ولو قالت طلقت نفسى بواحدة أو اخترت نفسى بتطبيقه فهى واحدة بآلة لأن التطبيق اسم للواحدة فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض ، وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك ، فإن قالت عني الأولى أو الثانية وقتنا بلا شيء أو الثالثة بانت بألف . ولو قال اختارى واختارى واختارى بالعطف بألف فالألف مقابل بالثلاث للعطف ، فلو قالت اخترت نفسى بتطبيقه لم يقع شيء لأن الواحدة لو وقعت وقعت بثلاث البدل ولم يرضه . ولو قالت اخترت الأولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بألف عنده ، وعندها لا يقع لأنه لو وقع وقع بثلاث الألف . ولو قال لها اختارى من ثلاث تطبيقات ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبي حنيفة لا غير لأن من للتبعض ، وعندها تحل أن تطلق نفسها ثلاثا لأنها للبيان وهى معروفة .

(فصل في الأمر باليد)

قدم التخيير لتأييده بإجماع الصحابة ، والأمر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قلناه سوى نية الثلاث فإنها تصح ههنا لاقى التخيير . واعلم أن التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعمل فيه خلاف ، ومحمته قياس واستحسان ، وكذا صحة التفويض بلفظ اختارى بنفسك لأنه يملك تطبيقها فله أن يملكه بكل لفظ يفهم التفويض منه ، ولفظ اختارى بنفسك يفيد ، فعل هذا إنما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختارى لتأييده بإجماع الصحابة رضى الله عنهم نصا ، بخلافه بلفظ الأمر باليد ، فإنه وإن لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحا ، وإنما افرق البابان في القياس والاستحسان في الإيقاع

أضعف لأن صحة هذا الجواب بالنظر إلى ظاهر كلامه وهو الأمر باليد والاختيار دون ما ينزل إليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار ، فجاز أن يقع قولها اخترت جوابا له .

(فصل في الأمر باليد)

آخر فصل الأمر باليد عن فصل الاختيار لأن ذلك مؤيد بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، إذا جعل الرجل مرأته يديها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل . قال في النهاية : إلا أن هذا صحيح قياسا واستحسانا لأن الزوج مالك لأمرها فإنما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصحب منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بل إيقاع

(فصل في الأمر باليد)

(قوله كالحكم في التخيير في المسائل) أقول : بين من اشتراط ذكر النفس ، أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع بغير ذلك .

(وإن قال لما أمرك بهيذك بنوى ثلاثا فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتهيير ، والواحدة صفة للاختيار ، فصار كأنها قالت : اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث

بلفظ الاختيار ، فإن إيقاعها به إنما يجوز استحساناً بإجماع الصحابة لقياساً لأن الزوج لا يملك الإيقاع به فلا يملك به المملك إذ لا يكون ما فى ملكه أوسع مما فى ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان ، فإن إيقاعها بلفظ اخترت نفسى يصح فى جواب أمرك بهيذك كما يصح فى اختارى . وأما الإيقاع بلفظ أمرى بيدي ونحوه فلا يصح قياساً ولا استحساناً فلا تحم حول الحمى وترك الزول غفلة (قوله وإن قال لما أمرك بهيذك بنوى ثلاثاً) أى بنوى التفويض فى ثلاث (فقالت اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد) وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلاثاً والوقوع مبنى على صحته جواباً ، فأفاده بقوله لكونه أى الأمر باليد تمليكاً كالتهيير فجوابه جوابه وهو متقوض بطلان نفسه لانه تملك كالتهيير ، ولا يصلح اخترت نفسى جواباً له حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر رحمه الله . وجواب شمس الأئمة بأن الاختيار أضعف من لفظ الطلاق ، ولذا لو قالت طلقت نفسى فأجازه مبتدأً جاز ، ولو قالت اخترت نفسى لا يتوقف ولا يقع وإن أجازه ولا يملك هو الإيقاع به فصلح الأقوى جواباً للأضعف دون العكس لا ينفى الوارد على المصنف ، ثم كون الأقوى يصلح جواباً للأضعف بلا عكس يحتاج إلى التوجيه . ويمكن كونه لأن الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائزاً أو مساوياً . وفرق قاضيهان فى شرح الزيارات بأن قولها اخترت مبهم ، وقوله طلقى نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جواباً للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير فى أحد الجانبين ، ثم أفاد الثانى بقوله (والواحدة) أى التى طلعت بها (صفة الاختيار فصار كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر أن يقول باختياراً واحدة لأنه جعلها وصفاً لما لكنه قصد التنبيه على أن موجب وقوع الثلاث وصرحت بقولها

الطلاق . وفيه نظر لأنه ذكر فى الاختيار أنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ ، حتى لو قال اخترت من نفسى أو اخترت نفسى منك لا يقع شيء وفى الأمر باليد كذلك ، فينبغى أن لا يصح قياساً كما فى الاختيار إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمرى منك بينك أو أمرى منك منى بيدي وقع الطلاق فيندفع (وإذا قال لامرأته أمرى بك بينك بنوى بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) ويانه يحتاج إلى إثبات صحة جواب الأمر باليد بالاختيار وإلى كيفية الدلالة على الثلاثة ، أما الأول فقد بينه بقوله لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتهيير فكانا متساويين فى القوة والأضعف فجاز أن يقع جواباً له ، وأما كيفية الدلالة على الثلاثة فلأن الواحدة صفة للاختيار (فصار كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة) أى باختياراً واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهى فى الأولى الاختيار ، وإنما

ما تقدم سوى نية الثلاث وما إذا قالت اخترت نفسى بصليقة فى جواب الأمر باليد على ما ذكره المصنف (قوله إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمرى منك بينك أو أمرى منك منى بيدي وقع الطلاق فيندفع) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا ثبت ما ذكره لا ينفى أيضاً ، إذ مخالفة القياس فى التبغير من حيث أن المرأة تطلق بقولها اخترت نفسى فى جواب التبغير ، ولا يملك الزوج تطليقة بذلك اللفظ فيكون ما فى ملكها أوسع مما فى ملك مملكها وذلك كذلك هنا إذ تطليقتها نفسها يكون هنا أيضاً بلفظ الاختيار ، ولو قالت فى الجواب أمرى بهى لاتطلق فليقبل (قوله لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتهيير فكانا متساويين فى القوة والأضعف) أقول : فيه أن التبغير مؤيد بالإجماع فيكون أقوى (قوله أى باختياراً واحدة بدليل ما بعده) أقول : تمليل لتفسيره .

(ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة) لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الأولى الاختيارية ، وفي الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها ، وكلامها خرج جوابا له فصيصة الصفة المذكورة في التفويض المذكورة في الإيقاع وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك لأنه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم ،

اختيارية واحدة كون المراد بمرة واحدة ، فإن الاختيارية ليست إلا المرة من الاختيار ، وإذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الاختيار بعده ، وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلاث ، ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة وأعرضت عنه مرة واحدة ، وما لا يخص من هذا لا يرد به إلا بلوغ ما يقيد به من الترك مثلا والكراهة والإعراض مثابه . وأورد بعضهم أنه ينبغي أن يقع به طلاقة واحدة لأن بواحدة يحتمل كونه صفة طلاقة ولما جعل أمرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة يحتمل كلا من كون إرادة الموصوف طلاقة

عبر عنها بمرة لأن الصيغة الدالة على المرة من الاختيارية هي الاختيارية فعبّر عنها بمفهومها ، وبذلك : أي بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لأن معناه اخترت جميع ما فوضت إلي اختيارية واحدة ، وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض إليها ذلك (ولو قالت) يعني في جواب قوله لها أمرك بيدك (قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن الواحد نعت لمصدر محذوف) فوجب إثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق ، وهو في الأولى الاختيارية لدلالة اخترت عليها ، وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ، ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الأولى الاختيارية مع تقدم قوله والواحدة صفة للاختيارية لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف ، وكأنه قال وهو في الأولى الاختيارية لدلالة اخترت عليها فتكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها إلا أنها تكون بائنة لأن أمرك بيدك من ألفاظ الكناية ، والواقع بها بائن فيها سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة أنه ملكها أمرها ، فقوله في البائن خبر إن وتقريره التفويض حصل في البائن لضرورة أنه ملكها أمرها ، وأن تملكه إياها أمرها يقتضي البيئونة لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فصيصة الصفة المذكورة يعني البيئونة في التفويض المذكورة في إيقاع المرأة كلامها مطابقا لكلامه . فإن قيل : ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قوله ذلك في جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع في الأول رجحيا كما تقدم وفي الثاني بائنا كما ذكره ، وهل هذا إلا دليل على أن ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون . فالجواب أن الاختيار القياسي فيه أن لا يقع به الطلاق وإن نوى الزوج ، إلا أنا استحسانه لإجماع الصحابة ، والإجماع إنما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجب خلاف الأمر باليد لأنه من ألفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما قلنا عن صاحب النهاية في أول هذا الفصل (وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك دون اختاري لأنه يحتمل العموم والخصوص) قال شيخ الإسلام : الأمر اسم عام يتناول كل شيء ، قال الله تعالى : والأمر يومئذ لله . وإذا كان الأمراسما عاما

(قوله لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف الخ) أقول : فيه ثمل ، إلا أن يقال : يفهم ذلك من التعميل والمقابلة (قوله لكون الأمر باليد الخ) أقول : هل بحث ، والأصوب أن يقول ولا تملك أمرها (قوله والإجماع إنما هو مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق) أقول : فيه بحث ، لا يرى إلى ما قاله المصنف من أن الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بغير اختصاصها بها (قوله قال شيخ الإسلام الأمر اسم عام يتناول كل شيء الخ) أقول : قبل هذا خطأ بين الكلامين المتماثلين ، وهل هذا إلا غلط ؟ والجواب أن مراده بقوله اسم

بمخلاف قوله اختارى لأنه لا يحتمل العمول وقد حققناه من قبل (ولو قال لما أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وإن ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر بيدها بعد غد) لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناول الأمر إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرء أحدهما لا يرتد الآخر. وقال زفر رحمه الله: هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد. قلنا: الطلاق لا يحتمل التأقيت،

أو اختيارة، فإذا نوتها أو لم تكن لها نية تقع واحدة. والجواب أن الاحتمالين لم يتساويا، فإن خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسى بواحدة، بخلاف ما إذا أجابت بطلقت نفسى بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضا، وبهذا وقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسى بواحدة حيث يقع واحدة بائة واخترت نفسى بواحدة حيث يقع ثلاث، وإنما كان التطليقة بائة لأن التفويض إنما يكون في البائن لأنها به تملك أمرها وإنما تملكه بالباين لا بالرجعى، وإذا علم أن الأمر باليد مما يراد به الثلاث، فإذا قال الزوج نريت التفويض في واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلاثا في الجواب يحلف أنه ما أراد به الثلاث (قوله وقد حققناه من قبل) أى في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع (قوله ولو قال لما أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل إلى آخره) حاصله أن قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفرقان في حكيم: أحدهما أنها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الأمر من يدها فيه تملكه بعد الغد، والثاني عدم ملكها في الليل، وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا تملك طلاق نفسها غدا، أى نهارا وتملكه ليلا، والفرق مبنى على أنه تملك واحدة في اليوم وغدا وتملكا في اليوم وبعد غد. وبجعله زفر رحمه الله في الكل تملكيا واحدا في اليوم وبعد غد، فلم يثبت الخيار بعد الغد إذا ردت اليوم قياسا على طلق نفسك اليوم وبعد غد حيث يقع الطلاق واحدا فكذا يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغدا. قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت، وإذا وقع تصير به طالقا في جميع العمر فذكر بعد غد وعلمه سواء لا يقتضى طلاقا آخر، أما الأمر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير أن عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزم مماثل لما ظاهرا في قصد تقييد الأمر المذكور بالأول، وتقييد أمر آخر بالثاني وإلا لم تكن هذه الظفرة معنى، وإذا كان كذلك يصير لفظ يوم مفردا غير مجموع إلى ما بعده في الحكم المذكور لأنه صار عطف جملة: أى أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد. ولو قال أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل، بخلاف

صلح أمها لكل فعل، فإذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختارى لأنه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل) يعنى في فصل الاختيار بقوله لأن الاختيار لا يتنوع. وقوله (ولو قال لما أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل) حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق (وإن ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر في يدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين) يعنى اليوم وبعد غد (بينهما وقت من جنسهما) يعنى الغد (لم يتناوله الأمر) فأنها لو اختارت نفسها في الغد لا تنطلق فكانا أمرين (فبرء أحدهما لا يرتد الآخر) وهذا دليل كون الأمر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم. وقوله (إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول اليوم) دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو

عام يتناول كل شيء هو المتناول على سبيل البذل وإرادة الأضياء كلها من قوله تعالى - والأمر يومئذ لله - بواسطة الألف واللام الاستيعابية، والمراد من قوله صلح أمها لكل فعل صلح إطلاق لكل فعل.

والأمر باليد يحتمله ، فبوقت الأمر بالأول وجعل الثاني أمرا مبتدأ ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك ، فإن ردت الأمر في يومها لايبتئ الأمر في يدها في غد) لأن هذا أمر واحد لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصاركما إذا قال أمرك بيدك في يومين . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع .

اليوم وغدا فإنه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التملك الواحد فهو كقولهم أمرك بيدك في يومين ، وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا ، على أن على ماروى ابن رستم من أنه إذا قال أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين ، بخلاف اليوم وغدا يتمتع بقياسه . وأيضا في طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم في الغد لأنها طالق فيه أيضا ، بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فإن الاتفاق على أن لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه ، وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التملك المضاف إلى اليوم وغدا لأنه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى : أضحى أنه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع (قوله وعن أبي حنيفة في مسئلة أمرك بيدك اليوم وغدا أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا) رواه أبو يوسف عنه ، ووجهه أن المرأة لا تملك رد إيقاع الزوج لو نجز ، فكذلك لا تملك رد الأمر لأنه تملك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالإيقاع منه وحاصله أن ردها لغو ، فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها في الغد ، ومقتضى هذا أن لها أن تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه أيضا فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها في اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الأمر من يدها . وتحقيق وجه الظاهر أن ثبوت هذا الملك مغيا شرعا بأحد الأمور من انقضاء المجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شيء أو يفعل مايدل على الإعراض أو اختيارها زوجها ، فإذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الإيقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ، ويضاف توقيت التملك بهذه إلى الإجماع على خلاف القياس مع أن توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الإجارة . والأوجه تشبيهه بالعارية لوجهين : كونه بلا عوض والعارية تملك المنفعة بلا عوض . والثاني أن توقيتها ليس بمدة معينة لأن انقضاء المجلس ليس مضبوط الكيفية إذ قد يمتد يوما ويوما أو أكثر ، وكذا اختيارها زوجها وفعل مايدل على الإعراض بخلاف الإجارة . وأما تقريره بأن الخبرين أمرين لإعماله اختيار أحدهما فكما أنها إذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود إلى النكاح كذلك إذا اختارت

كما ترى الإدلاج ملبس وإن كان ظاهرا . وقال زفر : هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد في كون أحدهما معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر . وقلنا : الفرق بينهما ظاهر ، وهو أن الطلاق لا يحتمل التأنيث فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد وغيره ، وأما الأمر باليد فإنه يحتمله ، وذكر وقتين غير متصل أحدهما بالآخر لتدخل وقت بينهما غير مذكور فبوقت الأول ، وجعل الثاني أمرا مبتدأ كأنه قال وأمرك بيدك بعد غد (ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك) وكلامه ظاهر . وقوله لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع) معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الذي صدر من زوجها بأن تقول لا أقبل كما أنه ليس

(قوله معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الخ) أقول : هذا لا يدل على أنه ليس لها أن ترد إذا اختارت زوجها ، والكلام فيه للبيان .

وجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد ، فكذا إذا اختارت زوجها يرد الأمر لأن الخبير بين الشيتين لا يملك إلا اختيار أحدهما . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا أنهما أمران لما أنه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم

زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكته التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها : أعنى أن الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد إنما يرتد شطر التملك ، وقد قلنا إن هذا التملك يثبت الملك بلا قبول ، وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية أبي يوسف على اختيارها زوجها ، ولا شك أنها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بأن نقول عقيب الملك بتخيرها رددت التفضي أو لا أطلق ، وبكون هذا إعطاء لنفس هذا الحكم ويكون هو مستند ما فرغ في النخبة حيث قال : لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبي يقع لازما فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن أصحابنا ، وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة في الأمر باليد حيث صرح في الرواية أنه لا يرتد بالرد ، وفي الكتاب أنه يرتد : أعنى في قوله أمرك بيدك اليوم وغدا ، وإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها ، فإن المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم ، وحقيقته انتهاء ملكها ، وهناك المراد أن نقول رددت فلم يبق تدافع ، لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا أنه لا يرتد ونقلوا أنه يرتد بالرد . ووقفوا بأنه يرتد بالرد عند التفضي ، وأما بعده فلا يرتد كما إذا أقر بمال لرجل فصدقه ثم رد إقراره لا يفصح . وحاصله أنه كالإبراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الإسقاط أو التملك . أما الإسقاط فظاهر ، وأما التملك فقال تعالى - وأن تصدقوا خير لكم - سمي الإبراء تصدقا . ومما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكر في الفصول : لو قال لامرأته أمرك بيدك ثم طلقها باثنا خراج الأمر من يدها ، وقال في موضع آخر : لا يخرج وإن كان الطلاق باثنا . ووفق بأن الخرج فيما إذا كان منجزا وعنده إذا كان معلقا مثل أن قال أكرتوا زني أمرك بيدك ثم طلقها باثنا أو خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الأمر بيدها ، ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة إضافته كما في المسئلة الآتية إذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان ، وسأقي الكلام فيها (قوله وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا أنهما أمران) حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غدا ، لأنه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج . قال السرخسي : وهو صحيح لأنه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف أنه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد ، والأصل استقلال كل كلام . وذكر قاضيه خان هذه ولم يذكر فيها خلافا ، فلم يبق تخصيص أبي يوسف إلا لأنه نخرج القرع المذكور . واعلم أنه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلا فلا تغفل عنه لأنه أثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل ، والثابت في اليوم الذي يليه بأمر آخر كقول أمرك بيدك اليوم حيث يمتد إلى الغروب فقط ، بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم إنما يتعبد بالجلس وهو على ماقتنائه من الأصل في أنت طالق غدا وفي غدا . وفي جامع القتراني : أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لأنها أوقات مترادفة ، فصار كقول أمرك بيدك أبدا فيرد بردها

لما أن ترد الإيقاع الذي أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق ، وإذا كان كذلك كان الأمر باقيا في الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غدا . وقوله (وجه الظاهر) ظاهر وكذا قوله (وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم) قال شمس الأئمة : هذه هي الرواية الصحيحة ، وجعل قاضيه خان هذه الرواية أصل الزواية ولم يذكر خلاف أحد ،

(وإن قال أمرك يبدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدمه حتى جن الليل فلا خيارها) لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم يقتضى بانقضاء وقته (وإذا جعل أمرها بيدها أو غيرها فكثت يوما لم تتم فالأمر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر) لأن هذا تحريك التطبيق منها (لأن المالک من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة والتحريك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

مرة ، وعن أبى حنيفة ثلاثة أمور لأنها أوقات حقيقة (قوله وإذا قال أمرك يبدك يوم يقدم فلان صبح) ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم ، وهذا أيضا مما يفارق به سائر التحليلات فإنها لاتصح إضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لأنه إنما هو تحريك فعل فلا يقتضى لوازم تحريكات الأعيان كما تقدم ، وقد يخرج على أنه في معنى التعليق. فإن قيل : يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيهان : لو قال أمرك يبدك فطلق نفسك ثلاثا للسنه أو ثلاثا إذا جاء غد فقلت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلاثا للحال ، ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئا بطل لأن قوله فطلق نفسك ثلاثا تفسير للأمر والأمر باليد يحتمل الثلاث ، أما لا يحتمل التعليق والإضافة إلى وقت السنه لأن الأمر باليد يقتضى المالكية ، والأمر على هذا الوجه لا يفيد اليقونة في الحال فلا تثبت المالكية ، ولهذا لو قال أمرك يبدك ونوى السنه أو التعليق لا يصح ، فإذا أخفجه بما كان تفسيراً يثبت ما يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنه والتعليق. فالجواب أن معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التنجيز للتعليق لأنه ليس من أفرادها ولا متعلقا به بعد ما ذكر أن قوله فطلق نفسك ثلاثا للسنه أو إذا جاء غد تفسير لذلك التوقيض فكان التعليق مرادا بلا لفظ ، ثم لو لم تعلم بقدمه حتى انقضى يوم قدمه ودخل الليل فلا خيار لها لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لأجل الوقت مطلقا. وقد حققناه من قبل : يعنى في آخر فصل إضافة الطلاق ، وإنما لم يعتبر القدم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لأنه غير ممتد لما حققناه هناك من أن المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لأنه المقصود (قوله وإذا جعل أمرها بيدها أو غيرها فكثت يوما لم تتم فالأمر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر ، لأن هذا تحريك التطبيق منها لأن المالک من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة والتحريك يقتصر على المجلس وقد بيناه) أى في أول

وقوله (وإن قال أمرك يبدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدمه حتى جن الليل فلا خيارها) ظاهر مما قدمناه في آخر فصل إضافة الطلاق وإليه أشار بقوله وقد حققناه من قبل . وقوله (فيتوقت به) أى بالنهار ثم يقتضى بانقضائه (وإذا جعل أمرها بيدها أو غيرها فكثت يوما لم تتم فالأمر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر) لأن هذا تحريك التطبيق منها لأن المالک من يتصرف برأى نفسه (وهذه تتصرف برأى نفسها فهى مالكة والتحريك يقتصر على المجلس) وقد بيناه (يعنى في فصل الاختيار من قوله : التحليلات تقتضى جوابا في المجلس كما في البيع . قيل فيه نظر لأنه قال قبل هذا إذا قال أمرك يبدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك ، وذلك يقتضى أن الأمر بيدها لا يهطل في يومين وإن قامت عن المجلس ، لأنه لو هطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقديره يومين فائدة ، لأن المرأة إذا لم تتم من مجلسها يوما أو أكثر لا يخرج الأمر من يدها ، وهذا يقتضى أن يقتصر على المجلس وبينهما تناف

(قال المصنف لأن المالک من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة) أقول : قال ابن الميمون : متفوق بالوكيل فإنه أيضا يتصرف برأى نفسه . والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه وكأنه تركه العلم بأن التفويض إلى الأجنبي تحريك لنفسه انتهى وفيه بحث (قوله وهذا يقتضى الخ) أقول : يعنى قوله هناك والتحريك يقتصر على المجلس (قوله وبينهما تناف) أقول : وباق المسامان أن يقول المرأة اخترت

ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك . وإن كانت لاتسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ، ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق لازم في حقه ، بخلاف البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق ، وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول

فصل الاختيار والذي ذكره هناك هو أن التمليك يستدعي جواباً في المجلس ، ولم يستدل على أنه تمليك ، واستدل هنا عليه بقوله لأن المالك هو الذي يتصرف برأى نفسه . والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه ، وإلا فالوكيل يتصرف برأى نفسه ، وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه ، واستحق ما ذكر في ذلك ليندفع الوكيل في المشتبه إن شاء الله تعالى ، وقدمنا ما في قوله يستدعي جواباً في المجلس ، فالصواب إسناد الاقتصار على المجلس إلى إجماع الصحابة حيث قالوا لها في المجلس (قوله ثم إن كانت تسمع) أى تسمع لفظه بالتخير (اعتبر مجلسها ذلك) أى مجلس سماعها (وإن كانت لاتسمع فمجلس علمها) على ما ذكرناه (لأن هذا تمليك يقيد معنى التعليق) أما أنه تمليك فلما تقدم من أنها عاملة لنفسها ، وأما أن فيه معنى التعليق فلأن الإيقاع وإن كان من غير الزوج إلا أن الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج فكأنه قال إن طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام ترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق ، والظاهر أن كلها مما يمكن ترتبها على التمليك ، فصحة التوقيت على أنه تمليك منفعة ، وقدمنا أن إلحاقه بالعارية أقرب . ثم من صور التوقيت ما يوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول أملك بيدك شهراً أو جمعة فيعتبر ابتداءه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذي تحقق في الحال ، وكلنا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الأمر بناء عليه لأنه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا أنه لا يحتاج إلى القبول ، وأما اقتصاره على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف أنه تمليك وهو يستدعي جواباً في المجلس ، وتقدم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك في المجلس القبول وليس الكلام فيه ، بل امتداده في تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده ، ونفس اقتصاره عليه

(ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك) أى الذى سمعت فيه (وإن كانت لاتسمع) لغية أولصمم (فمجلس علمها) وبلغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق ، وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، وهذا لأن معنى أملك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق ، وفيه نظر لأن التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك ، والأمر باليد يشتمل على معنيهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملاً ؟ وأجيب بأن التمليك الذى هو معتبر فيه من باب التمليك المنافع كالإجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت ، وإذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الأمر بيدها في المدة التى وقبها ، فلو بطل الأمر بقيامها عن المجلس لم يكن للتأثير فائدة ، وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم أيضاً . وأما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت ، فإذا كان الأمر باليد

نفس مثلاً في جواب التفويض جهتين : جهة كونه جواباً لقول الزوج ، وجهة كونه ملكاً له ، فإن الذى يملكها الزوج هو هذا القول ، فإن كان التفويض مطلقاً اعتبر كونه جواباً فلا بد منه في المجلس ، وإذا قيد بالوقت اعتبر كونه ملكاً ولم يقتصر على المجلس توفيراً للجهتين عظهما فليقبل ، ولا يمكن تأويل كلام الشارح بما ذكرنا لأن أسلفه في أوائل فصل الاختيار (قوله وهذا لأن معنى أملك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق) أقول : الأمسب أن يقول : إن طلقت أو أعترت نفسك فأنت طالق ، وإلا فعل ما ذكره الشارح إذا قالت في الجواب أردت طالق بلى أن تطلق ، إلا أن يكون مراده الإرادة المقابلة للقول وتلك لا تكون إلا بلفظها بالطلاق (قوله يشتمل على معنيهما)

ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بينا في الخيار، ويخرج الأمر من يده بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض، إذ القيام يفرق الرأي، بخلاف ما إذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو ما يدل على الإعراض. وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به. وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كان فيه لامطلق العمل (ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها) لأنه دليل الإقبال فإن العقود أجمع للرأي (وكذا إذا كانت قاعدة فأتت أو متكنة فعدت) لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضا، كما إذا كانت محتمية فتربت. قال رضى الله عنه: هذا رواية الجامع الصغير، وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدة فأتت لا خيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضا،

إجماع الصحابة. فإن قلت: قد وقع في كلام بعضهم أن تعليقها نفسها قبول، قلنا: لا يمتنع إذ هو التصرف المنفرد على ثبوت ملكه له. أما عدم صحته الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتعليك، لأنه لو ثبت يلزم بالاتضاء ولا رضا، فقد ظهر أن جميع الآثار يصح ترتبها على جهة الملك هنا، ولا حاجة إلى اعتبار جهة التعليق، وقولم كأنه قال إذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن إجراؤه في الوكالة كأنه قال إذا بعت متاعى فقد أجزت ببيعك، والولاية كأن الإمام قال له إذا قضيت فقد أنفدت قضاءك كما قدما، والاعتبارات التي لا أثر لها كثيرة في دائرة الإمكان (قوله وقوله) أى قول محمد رحمه الله تعالى (ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به أنه عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه) فلو لم يست من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادع إلى آلى أستشيريه أو الشهود أو أشبه مما هو عمل الفرقة من غير أن تقوم في التوقيض المطلق لم يطل خيارها، وما ذكر من هذا مثله في قوله اختارى وطلقت نفسك وأنت طالق إن شئت، وكذا إذا قال لأجنبي أمر امرأتى يبدك أو طلقها إذا شئت أو إن شئت أو أعتق عبدي إذا شئت، بخلاف قوله به إن شئت لا يقتصر على المجلس لأن البيع لا يمتنع التعليق. ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها يطل. وذكر المرغيناني إن لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنقل، قبل لا يطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض، وقيل يطل للتبديل ولا تغل فيه كما لا تغل فيها إذا أقيمت كرها، وقيل إذا لم تنقل لم يطل، وإن انتقلت فيه روايتان، ولو نامت وهي قاعدة أو كانت تصل المكتوبة أو أوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يطل خيارها، ولو قامت إلى الشفع الثاني يطل إلا في سنة الظهر عن محمد وهو الصحيح، ولو قال أمرك يبدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لأن قولها لم لا تطلقني ليس ردا فتملك بعده الطلاق. قيل فيه نظر لأن قولها لم الخ كلام زائد فيقبل به المجلس،

مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التعليك، قلنا بالانحصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين، واعتبرنا معنى التعليق قلنا ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت غالبة عملا بالدليلين بقدر الإمكان، ولا يعتبر جلسة حتى لو قام وهي جالسة، فالخيار باق لأن التعليق حينئذ لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع. لكونه يصرف بمن من جانب، بخلاف البيع لا حتى يعتبر مجلسهما جميعا، فإن أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق، ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز إذا اعتبر مجلسها، فالمجلس تارة يتبدل بالتحويل: يعنى إلى مجلس آخر، ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بينا في الخيار، يعنى في قوله إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة إلى آخره. وقوله (ويخرج الأمر من يدها). ظاهر. وقوله (وليس للتقدير به) أى باليوم لأنه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الإعراض فهو باق، والمراد بقوله وقوله قول محمد في الجامع الصغير. وقوله (ولو كانت قائمة فجلست) ظاهر.

أقول: يعنى التعليق والتعليق (قوله قلنا بالانحصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين الخ) أقول: هذا لا يدل على الانحصار على المجلس إذ يجوز أن يطالبه كما في البيع فإن حكمه حابى، ولا يحل إلا بما ذكرناه.

والأول هو الأصح . ولو كانت قاعدة قاضطجعت فيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله (ولو قالت ادع أبي أستشيره أو شهود أشهدهم فهي على خيارها) لأن الاستشارة لتحرى الصواب والإشهاد للتحرز عن الإنكار فلا يكون دليل الإعراض (وإن كانت تسير على دابة أو في حمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها) لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها (والسفينة بمنزلة البيت) لأن سيرها غير مضاف إلى راکبها ، ألا ترى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر .

(فصل في المشيئة)

(ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية ،

وفيه نظر لأن الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعاً للكلام الأول وإفاضته في غيره ، وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق (قوله والأول أصح) أى ما ذكر في الجامع الصغير أصبح مما ذكر في غيره وهو الأصل ، لأن من حزه أمر قد يستند لأجل التفكير لأن الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم ولأنه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للجالس (قوله وإن سارت بطل) قيل لو أختارت نفسها مع سكوتها والدابة تسير طلقت لأنها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكماً ، وهذا لأن اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلاً بالخطاب وقد وجد إذا كان من غير فصل ، ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو الحمل أو لا ، ولو كانت راكبة فنزلت أو تحوكت إلى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها ، وفي الحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره في الغاية لأنه والحالة هذه كالسفينة (قوله والسفينة كالتبيت لأن سيرها غير مضاف إلى راکبها) بل إلى غيره من الريح ودفع الماء فيها له جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل يتبدل المجلس . وعن أبي يوسف أن السفينة إذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها .

(فصل في المشيئة)

(قوله ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية

وقوله (والأول) أى رواية الجامع (أصبح) لأن من حزه أمر قد يستند للتفكير لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود . وقوله (فيه روايتان عن أبي يوسف) في رواية الحسن عنه لا تبطل ، وفي رواية الحسن بن أبي مالك عنه تبطل وهو قول زفر . ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه ، قيل خص أبا يوسف بالذكر وإن احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لأنهما نقلتا عنه . وقوله (ولو قالت ادع أبي أستشيره) ظاهر . وقوله (والسفينة بمنزلة البيت) يعنى أنها إذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر .

(فصل في المشيئة) :

قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الأمر باليد والمشيئة دورى فيسقط (ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية ،

(فصل في المشيئة)

وإن طُلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها (وهذا لأن قوله طلق معناه أفعل فعل التلطيق . وهو اسم جنس فيقع على الأدنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس . فلهذا تعمل فيه نية الثلاث ، وينصرف إلى واحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجمية لأن المَقْوض إليها صريح الطلاق ، ولو نوى التنتين لاتصح لأنه نية العدد إلا إذا كانت المنكحة أمة لأنه جنس في حقها (وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت) ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ؛ ألا ترى أنه لو قال لأمراه أبنتك ينوى به الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجرت ذلك بآنت فكانت موافقة للتفويض في الأصل إلا أنها زادت فيه وصفاً وهو

وإن طُلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها (سواء أوقعها بلفظ واحد أو متفرقا وإنما صح إرادة الثلاث لأن قوله طلق بنفسك معناه أفعل فعل التلطيق) فهو مذكور لغة لأنه جزء معنى اللفظ فصيح نية العموم غير أن العموم في حق الأمة ثنتان وفي حق الحرة ثلاث وقد تقدم (قوله وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت) أي رجعي ، ولو قالت اخترت نفسي لم تطلق . وحاصل الفرق بين صحة الجواب بآنت وعدمه باخترت أن المقْوض الطلاق ، والإبانة من ألفاظه التي تستعمل في إيقاعه كتابة فقد أجابت بما قُوض إليها . بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ، ولهذا لو قالت أبنت نفسي توقفت على إجازته . ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه إجازة ، وإنما صار كناية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فيها إذا جعل جوابا للتخيير ، غير أنها زادت وصف تعجيل البيونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الأصل . لا يقال : قد صبح جوابا للأمر باليد . لأننا نقول : الأمر باليد هو التخيير معنى فثبت جوابا له بدلالة نص إجماعهم على التخيير ، وهذا لأن قوله أملك بيحك ليس معناه إلا أنك غير في أملك الذي هو الطلاق بين إيقاعه وعدمه ، فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير بمرادفه العلم بأن خصوص اللفظ ملغي ، بخلاف طلق لأنه وضعاً طلب الطلاق لا التخيير بينه وبين علمه ، ثم إذا أجابت باخترت نفسي خرج الأمر من يدها باشتغالها بما لا يمينها في ذلك الأمر . وعن أبي حنيفة أنه لا يقع بجوابها بآنت نفسي لأنها أتت بغير ما قُوض إليها ، لأن الإبانة تغاير الطلاق

وإن طُلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن (سواء طُلقت جملة أو متفرقة . وقوله (لأن قوله طلق) ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشية فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشية أولى (وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ، ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق) والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب بأن الإبانة من ألفاظ الطلاق لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح ، ألا ترى أنه لو قال أبنتك ينوى الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد اخترت ذلك بآنت وألفاظ الطلاق توافق ما قُوض إليها لكونه تطلقاً فكانت الإبانة موافقة للتفويض في الأصل ، وإذا كان الجواب موافقاً للسؤال من حيث الأصل كان صحيحاً من حيث الأصل إلا أنها زادت فيه : أي في الجواب وصفاً وهو تعجيل الإبانة لأن الرجمة إنما تفيد الإبانة بعد انقضاء العدة ، فيما أن يبطل الأصل لأجل ما زيد فيه من الوصف ، أو يلغو الوصف لرعاية الأصل ، وإلغاء الوصف لتصحیح الأصل أولى فيصار إليه كما لو قالت في جواب طلقي

(قوله لكن ترجم الفصل بفصل المشية فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشية أولى) قول : إنما ابتداء به لأن ما ذكر فيه المشية ما لم يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد ، وبه أيضاً يظهر وجه ذكر هذه المسألة وأمثالها في هذا الفصل فليعالم (قوله فكان الابتداء فيه بمسألة) يعني بذلك ما لم يذكر فيها المشية فبما حل سبيل التبع والاستطراد (قوله لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح) أقول : فيه محتمل (قوله وألفاظ الطلاق توافق ما قُوض إليها لكونه الخ) أقول : ضمير لكونه راجع إلى ما

تجيب الإبانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل ، كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة ، وينبغي أن تقع تطليقة رجعية ، بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ؛ ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختارى ينوى الطلاق لم يقع ، ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقا بالإجماع إذا حصل جوابا للتخير ، وقوله طلق نفسك ليس بتنجز فيلغو. وعن أبي حنيفة أنه لا يقع شيء بقوله أبنت نفسي لأنها أبنت بغير مافوض إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق (ولو قال لها طلق نفسك فليس له أن يرجع عنه) لأن فيه معنى البين لأنه تعليق الطلاق بتطليقها والبين تصرف لازم ، ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك ، بخلاف ما إذا قال لها طلق ضرتك لأنه توكيل ولإبانة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

لحصول كل منهما دون الآخر ، ويخرج الأمر من يدها كما يخرج بقولها اخترت ، وصار كما لو قال طلق نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال ثلاثا فطلقت ألفا لا يقع شيء . والجواب أنها خالفته فيها في الأصل ، في الأولى ظاهر وكذا في الثانية ، لأن الإيقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا ، بخلاف ما نحن فيه لأنها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الأصل فلا يعد خلافا إذ الوصف تابع . وعلم أن المسئلتين ذكرهما الترتاشي ، والخلاف فيما في الأصل إنما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غيره ، إذ لو أوقعت على الموافقة : أثنى الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والألف ، والخلاف في مسألة الكتاب باعتبار المعنى ، فإن الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبين ، وقد اعتبر الخلاف لحد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافا نظرا إلى أنه الأصل في الإيقاع ، والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه مالا ينبغي (قوله ولو قال لها طلق نفسك ليس له أن يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ، ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لأنه تمليك الطلاق ، بخلاف قوله طلق ضرتك لأنه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع) وكذا قوله لأجني طلقها أو قول

نفسك تطليقة طلقت نفسي تطليقة بائنة . وقوله (وينبغي أن تقع تطليقة رجعية) إنما قال هكذا تفسيرا لكلام محمد فإنه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر ، وأرى أنه مستغنى عنه لأن كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل . وقوله (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح (وعن أبي حنيفة أنه لا يقع شيء بقوله أبنت نفسي لأنها أبنت بغير مافوض إليها) حيث كان المفوض الطلاق وما أتت به الإبانة وهما متغايران لأحالة ، وفي هذه الرواية إبطال الأصل للوصف وهو ضعيف . وعن أبي يوسف أنها تطلق طلاقا بائنا لأن الزوج ملكها لإيقاع الطلاق مطلقا وهو يملك إيقاع البائن والرجعي فكلاهما ، وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التضيض والجواب ، والفق هو الأول : أثنى ظاهر الرواية (وإن قال لها طلق نفسك) يظهر . وحكمه لزوم نظرا إلى البين والاقتصار على المجلس نظرا إلى التملك : وفيه مطالبتان أحدهما ماوجه اختصاص طلق نفسك بالبين دون طلق ضرتك . وكما كان معنى طلق نفسك إن طلقت نفسك فأنت طالق جاز أن يكون معنى طلق ضرتك إن أردت طلاقها فهي طالق . والثانية ماوجه اختصاص الأول بالتمليك والثاني بالتوكيل ؟ والجواب عن الأولى أن البين بالتعليق إنما يكون قيا وجوده متردد ، ووجود طلاق الضرة إذا فوض إليها أمر كائن لأحالة طبعيا وعادة

(قوله وقوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية إنما قال هكذا ، إلى قوله : ويثبت الأصل) أقول : قيل بل لا وجه له لأن ظاهر عبارة ينفى يتنقل عن صيغة ينفى (قوله وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التضيض والجواب) أقول : إذا كان الموضع الطلاق والإبانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة ، والجواب أن الطلاق إذا أطلق لا يكون رجعيا .

(وإن قال لها طلق نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) لأن كلمة متى عامة في الأوقات كلها فصار كما إذا قال في أي وقت شئت (وإذا قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها في المجلس وبعده) وله أن يرجع عنه لأنه توكيل وأنه استعانة ، فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس ، بخلاف قوله لامرأته طلق نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تملكها لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر رحمه الله : هذا والأول

أجنبي لها طلق فلانة لأنها عاملة فيه لغيرها ، وكذا المديون في إبراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ماقدنا ، والتوكيل استعانة ، فلو لم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض ، وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلق وأبرئ ذمتك إذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر ، وإن عدم الرجوع أيضا يضرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على أنه ثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في اللخيرية ، وأنه لا حاجة إلى ترتيبه على معنى التعليق المستخرج لأنه يمكن مثله في الوكالات والولايات ، فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع عن توكيل ولاية . وأما الاقتصار على المجلس فبالإجماع على خلاف القياس (قوله وإن قال لها طلق نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) وكذا إذا شئت وإذا ما شئت لما ذكرنا من العموم . ويرد على قول أبي حنيفة في (إذا) أنها عنده بمنزلة (إن) فلا تقتضي بقاء الأمر في يدها ، وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمل شرطا وأن تعمل ظرفا والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك ، وصار كما إذا قال في أي وقت شئت ، ولأنها إنما تملك ما ملكت ، وإنما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها ، وبهذا يتضح أن هذا إضافة للتمليك لا لتعجز . ومن فروع ذلك أنها إذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها ، وقد قدمنا في أول باب لإيقاع الطلاق ما يوجب حل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى (قوله وإذا قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله) أي للقاتل (أن يرجع لأن هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم) وله أن يرجع ولا يقتصر ، والوكيل أن يفعله بعد المجلس ، بخلاف قوله لها طلق نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تملكها لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر : هذا والأول) وهو قوله لرجل طلق امرأتى بلا

فلا يصلح شرطا . وأجيب عن الثانية بما تقدم ، أن المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره ، والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رقي النكاح وفي طلاق ضربتها عاملة للزوج . وفيه نظر ، لأنها في طلاق ضربتها عمل لنفسها منها في طلاق نفسها ، ولأن الصورتين إما أن يكونتا من باب المشيئة أولا . والمآل قبول التملك أو قبول التوكيل أو التحكيم الباطل (وإن قال لها طلق نفسك متى شئت) واضح . ولقاتل أن يقول التملك في هذه الصورة موجود أولا ، فإن كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك ، وإن كان الأول يقتصر على المجلس لكونه لازم التملك . والجواب أن الاقتصار على المجلس من أحكام التملك ، والحكم قد يتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الأصول . قوله (وإذا قال لرجل طلق امرأتى) واضح ، ومناطه ما ذكرناه في التملك والتوكيل من أن المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه (ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر : هذا والأول سواء

(قوله والحكم قد يتأخر لمانع) أقول : الظاهر أن يقال : بالحكم قد يختلف ، وقد سبق أن في الأمر باليد معنى التعليق فيوقف حل ما رواه المجلس .

سواء لأن التصريح بالمشيئة كعلمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له به إن شئت . ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته ،

ذكر مشيئة (سواء لأن التصريح بالمشيئة كعلمه لأنه) وكذا كان أو مالكا (يتصرف عن مشيئته) فصار كما إذا قال له بع عبدى هذا إن شئت لا يتصرف له الرجوع . أجب بأن ليس الكلام فى هذه المشيئة التى بمعنى عدم الجبر بل فى أنه إذا أثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل ، لأن تصرف الوكيل لغيره إنما هو عن مشيئته ذلك الغير . وإن كان امتثاله بمشيئة نفسه ، بخلاف المالك فإنه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غير معتبر ذلك امتثالا ، فإذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك ، بخلاف البيع لأنه لا يحتمل التعليق فيلغو . وصف التمليك وبقى الإذن والتصرف بمقتضى مجرد الإذن لا يتصرف على المجلس . قيل فيه إشكال لأن البيع فيه ليس بعلق بالمشيئة بل بالعلق فيه الوكالة بالبيع وهى قبيل التعليق ، وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل ، وذلك لأن التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والرد . ولما هنأتم من المصنف إنطاة وصف التمليك مرة بأنه يعمل برأى نفسه بخلاف الوكيل ، ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه ، ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأى والمشيئة واحدا ، فإن العمل بالرأى العمل بما يراه أصوب من غير أن يوضح فى مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أى باختياره ابتداء بلا اختياره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الأصوبية فى متعلقه بل هى والإرادة يخصمان الشيء بوقت وجوده ، والأول نقضناه بالوكالة ، وهو مندفع بأن العامل برأى هو الذى لا ينفله على رأيه ما يقيد به فعل ولا ترك ، والوكيل وإن كان بوكالة عامة مطلقة معه ما ينفله فى جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل إذا لم يفعل فإنه إذا وكله فرضى كان واعدا بفعل ما استعان به فيه ، فإذا لم يفعل أخطف الوعد بخلاف الزوجة فلما لاتعد مخالفة بترك الطلاق إذا لم يقصرها عليه قاصر شرعى ، فظهر أن الوكيل ليس عاملا برأى نفسه

لأن التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لأنه يتصرف عن مشيئته (لأن الفعل الاختيارى لا يتحقق بدونها وفعله اختياري ، وإذا تساوى كان الثانى توكيلا كالأول وصار كما لو قال لوكيل بالبيع بع إن شئت ، فإن ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل إلى التمليك (ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته) . لا يقال : قد بين آتفا أن الوكيل أيضا يتصرف بمشيئته . لأننا نقول : المشيئة نوعان : مشيئة تفترض إليها الحركة الإرادية وهى ثابتة فى كل متحرك بها ، ومشيئة أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه ، والأولى ثابتة فى التوكيل مع جهة حظر يرفعها قوله طلقها إيقاعا للفعل المأمول ، والثانية إنما تكون فى الملاك وقد فوضها إليه بقوله إن شئت فكان تمليكا ، هذا ما أمكننى تلخيصه من كلام المشايخ . ولقائل أن يقول : كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتهى فى هذه الصورة . وأقول : إذا بنى الكلام على ما قد ثبت أن التمليك لإقرار شرعى على محل التصرف والتوكيل لإقرار شرعى على نفس التصرف . لاخى أن المالك يعمل لنفسه والوكيل سقط هذا الاعتراض ، والنظر

(قوله يترتب عليها استحسان الفعل وتركه) أقول : ضمير تركه راجع إلى الفعل (قوله الأولى ثابتة فى التوكيل إلى قوله : والثانية إنما تكون فى الملاك) أقول : فيه أنه الظاهر أن الثانية أيضا ثابتة فى التوكيل ، ولهذا لا يوجب بيع المسلم خيرا لدى وكالة جهة (قوله سقط هذا الاعتراض) .

والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله (ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة) لأنها ملكك إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند أي حنيفة ، وقالا : تقع واحدة) لأنها أنت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا. ولأي حنيفة أنها أنت بغير مافوض إليها فكانت مبتدئة ، وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة ، بخلاف

مطلقا ، والثاني بأمر المديون بإبراء نفسه ، وقدمنا ما في جوابه من النظر ، ولو تم انتقاص بالتفويض إلى الأجنبي فإنه قطعاً ليس بتطليق زوجة غيره عاملاً لنفسه ، والثالث أقرب والله أعلم فالمعزك عليها (قوله وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لما ملكك إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاخت) كالزوج نفسه (ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند أي حنيفة رحمه الله ، وقالا : تقع واحدة لأنها أنت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا) وكقولها طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة في هذه المسئلة وأبنت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي وضركي ، وقول البدي في جواب أعنت نفسك أعنت نفسي وفلانا حيث يقع ثلاث في الأولى ورجعي في الثانية والثالثة وتطلق هي ويعتق هو دون من قرناه (ولأي حنيفة أنها أنت بغير مافوض إليها مبتدئة) فيتوقف على إجازة الزوج ، وبهذا يخرج الجواب عما بعد الأولى من الصور لامثالها بدما ، ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر . ووجهها في أبنت نفسي أن معناه طلقت نفسي بائنا والباقي ظاهر . وقوله بخلاف الزوج جواب عن الأول : أي أن الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث ، وكما إذا صرح بما الثلاث في ضمنه فيثبت القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه ، وكذا هي في المسئلة الأولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلاثا

الأولى في طلاق الضرّة على مامر . ثم أقول : والوكيل في الطلاق كالرسول ، وحيث لا يتصور أن يكون الشخص رسولا إلى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكاً ، وأما قوله طلقي ضرتك وقوله لأجنبي طلقي امرأتى فيمحلان الرسالة ، فإن لم يذكر كلمة إن شئت كان توكيلاً ، وإن ذكرها كان تمليكاً صوناً للزيادة عن الإلغاء ، إذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرّة فتأمل فاعلمه مخلص . وقوله (والطلاق يحتمل التعليق) جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع . فإن قيل : هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق . أجيب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قال (وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا) هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها في إيقاع مافوض إليها ، والمسئلة الأولى ظاهرة ، وأما الثانية فوجه قولها فيها واضح ، كما لو قال لها طلقي نفسك وطلقها وضربها وكما تقدم فيها إذا قال لها طلقي نفسك فقلت أبنت نفسي فإنه يقع عليها طلاق رجعية ، ولم يعتبر ما زاد من صفة البينونة معدداً للمطابقة في أصل الطلاق فيكون كقولها طالقت نفسي منك بمثلة ويلغو قولها ثلاثا (ولأي حنيفة أنها أنت بغير مافوض إليها) ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على إجازته ، وكلاهما فيه ظاهر . فإن قيل : قد ثبت من مذهب أهل الحق أن الواحد من العشرة ليس حينها ولا غيرها فكل ذلك الواحد من الثلاثة يكون لأعينها ولا غيرها ، فما وجه إثبات المغايرة بينهما ؟ أجيب بأن ذلك

أقول : فيه بحث ، فإن الإقرار في المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضاً فكيف يكون تمليكاً (قوله وإن ذكرها كان تمليكاً) أقول : كيف يكون تمليكاً والإقرار على عمل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجب (قوله أجيب بأنه انتصر التوكيل على البيع) أقول : فيه أن الأول قابل

الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك ، وكذا هي في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث ، أما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوّض إليها فلفت (وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بآئنة ، أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقم ما أمر به الزوج) فعنى الأول أن يقول لها الزوج طلق نفسك واحدة أم لك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بآئنة فتقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل ، ومعنى الثاني أن يقول لها طلق نفسك واحدة بآئنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية بآئنة لأن قولها واحدة رجعية لغو منها لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجبها بعد ذلك إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت

ملكها بجميع أجزائها (أما هنا فلم تملك الثلاث) لأنه إنما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوّض إليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الآخر لعدم الموافقة ، وحقيقة الفرق أنها ملكت الواحدة وهي شيء بقيد الوحدة ، بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فإنها بقيد ضده ، وهذا معنى قوله الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوجدان والواحد لا ترتيب فيه فكان بينهما تضاد ، بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث ، أما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا ، وهذا التقرير لا يستعقب إيرادا . ووقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة : يعنى فلم تكن بإيقاعها موافقة لما ملكها . فاعترض بأن مذهب أهل السنة أن الجزء من العشرة ليس عنها ولا غيرها . وأجيب بأن ذلك في الأمور الموجودة بخلاف نحو الطلاق ، وأنت تعلم أن هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما أن اصطلاح الفلاسفة أن ما ليس عينا فهو غير ، ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلا بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف إثبات المطلوب عليه ، إذ يكفي فيه أن يقال فوّض إليها الثلاث والواحدة ليست إياها فلا تكون مفوضة إليها فإيراد مثله إلزام بمجرد الاصطلاح ، وغاية ما يلزم بعد التزامه أن المصنف عبر عما ليس إياه بلفظ غير مجازا (قوله ولو أمرها بطلاق يملك رجعتها فطلقت بائنا أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقم ما أمر به ، ومعنى الأول أن يقول طلق نفسك واحدة أم لك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بآئنة تقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل ، ومعنى الثاني أن يقول طلق نفسك واحدة بآئنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بآئنة لأن قولها رجعية لغو لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها في الصورتين فحاجبها بعد ذلك إلى أصل الإيقاع) لا إلى ذكر وصفه ، فذكرها إياه موافقا أو بخالفا لا عبرة به لأن الوقوع بإيقاعها ليس إلا بناء على التفويض ، فذكرها كسكوته عنه ، وعند سكوتها يقع على الوصف

في العشرة الموجودة أو المتصورة ، وأما الثلاث ههنا فمعلوم ، والواحد الموجود غير الثلاث المعلومه . فإن قيل : سلمنا المغايرة لكن إذا قال لها أمرك يملك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا وقعت الواحدة وقد أتت بتغير ما فوّض إليها إذ الثلاث غير الواحدة على ما ذكر . أجيب بأن التفويض هناك لم يتعرض لشيء ، فقد يكون خاصا وقد يكون عاما ، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر ، فلما أوّقت ثلاثا فقد وافقته فيها هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة (وقوله وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة) ظاهر ، وكذا قوله إن قال لها طلق نفسك ثلاثا إن شئت لأن معنى قوله إن شئت إن شئت الثلاث إذ الشرط لا بد له من جزاء ،

لتصديق ، بخلاف الثاني فكيف يصح به (قوله والواحد الموجود الخ) أقول : من أين ثبت وجوده ، وهل الكلام لإلا فيه . ثم إن تعليل المصنف بقوله لأن الثلاث اسم لعدد مركب الخ يدل على تناقضها مطلقا كما لا يخفى ، والأول أن يقال : مراده المغايرة النوعية لا ما اصطلاح عليه للتكلمون (قال المصنف : أما ههنا لم تملك الثلاث) أقول : الزوج أيضا لا يملك الآلف فلا بد من الفرق .

على الأصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج باثنا أو رجعي (وإن قال لها طلق نفسك ثلاثا إن شئت فطلعت نفسها واحدة لم يقع شيء) لأن معناه إن شئت الثلاث وهي بإيقاع الواحدة ماشاءت الثلاث فلم يوجد الشرط (ولو قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلعت ثلاثا فذلك عند أبي حنيفة) لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحدة كإيقاعها (وقالوا : تقع واحدة) لأن مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة ، كما أن إيقاعها إيقاع الواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقلت شئت إن شئت فقال الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الأمر) لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي أنت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعينها فخرج الأمر من يدها ، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى الطلاق لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها ، والنبة لا تعمل في غير المذكور

المفوض . وحاصل هذا كله أن المخالفة إن كانت في الوصف لا يبطل الجواب ، بل يرطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به ، بخلاف ما إذا كانت في الأصل حيث يبطل ، كما إذا فوض واحدة فطلعت ثلاثا على قول أبي حنيفة ، أو فوض ثلاثا فطلعت ألفا ، وتقدم تخريج أبنت على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا الخ) تقدم أنه إذا قال طلقي نفسك ثلاثا تملك أن تطلق نفسها واحدة ولتين وثلاثا ، فلو أنه زاد قوله إن شئت فطلعت واحدة لم يقع شيء لأن معناه إن شئت الثلاث فكان تفويض الثلاث معلقا بشرط هو مشيئتها إياها ولم يوجد الشرط لأنها لم تشأ إلا واحدة ، وتقدم أنها لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلعت ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة ، وتقع واحدة عندهما ، فلو زاد قوله إن شئت فخالفت حلي ما هو عليه ، فأبو حنيفة يقول : مشيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط ، وهما يقولان : مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما أن إيقاعها إيقاع الواحدة ، وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك (قوله ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقلت : شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة) منها (وهي قد أنت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعينها فخرج الأمر من يدها ، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى لأنه ليس في كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في كلامها) لأنها لم تقل شئت طلاق إن شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها لفظا بل بمجرد النية والنبة لا تعمل في غير المذكور الصالح للإيقاع ولا في المذكور

فلما أن يكون متقدما عليه أو يقدر مثله متأخرا ، وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث ولم توجد بمشيئة الواحدة ، وكذا حكمه عند أبي حنيفة لأن الشرط مشيئة الواحدة ومشيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحدة ، كما أن إيقاع الثلاث ليس بإيقاع الواحدة فيما إذا قالت طلقت نفسي ثلاثا ، ووجه قولهما ظاهر (ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقلت شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر) وكلامه ظاهر ، وفي بحث من وجهين : أحدهما أنه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ . والثاني أنه إذا قال شئت طلاقك : أي بلفظ صريح الطلاق ينبغي أن لا يحتاج إلى النية . وأجيب عن الأول بأن كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وإنما فيه ذكر المشيئة فيكون شائيا بمشيئتها لا بطلاقها ، لا يقال كلامها مبني على كلامه الأول وفيه ذكر :

(قوله وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ) أقول : إذا كان الطلاق المذكورا

حتى لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ إذ المشيئة تنبئ عن الوجود ، بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه لا ينبئ عن الوجود

الذي ليس بصالح للإيقاع به نحو اسقنى (حتى لو قال شئت طلاقك ينبئ عن الوجود) لأنها من الشيء وهو الموجود (بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لأنه لا ينبئ عن الوجود) بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل ، وغاية الأمر أن المشيئة والإرادة في صفة العباد مختلفان ، وفي صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقا فلا يخلطهما وجود : أى لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير أن ما شاء الله كان وكذا ما أَرَادَهُ ، لأن تختلف المراد إنما يكون لعجز المريد لا للثبات الإرادة لأنها ليست المؤثرة للوجود لأن ذلك خاصية القدرة ، بل بمعنى أنها المخصصة للمقدور المعلوم وجوده بالوقت والكيفية ، ثم القدرة تؤثر على وفق الإرادة ، غير أنه لا يتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلنا في المشيئة بخلاف العباد ، وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينبئ به يقع كما لو قال شاء الله ، بخلاف أحب لله طلاقك أو رضيه لا يقع لأنهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود . ولو قيل التحصيل بالوقت الإرادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الإرادة والكلام . نعم فرق بين الطالبين أنه في الكلام طلب تكليفي وهذا بخلافه ، ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفا دائما كما في الطلب المعبر عنه بكن . ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الأفعال ، وإذ قد ظهر الفرق بين الإرادتين لا يكون فرق أبي حنيفة بين المشيئة والإرادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى . بقي الشأن في كون المشيئة تنبئ عن الوجود في حق العباد للاشتقاق من الشيء وهو الموجود فيه نظر ، فإن الشيء وإن وقع على غير الأعيان إلا أن كونه في مفهومه الوجود اصطلاح طارئ على اللغة ، فإنه لغة يقال للمعلوم والموجود ، وكون الإرادة نسبت إلى ما لا يعقل بخلاف المشيئة ، كما ذكر شمس الأئمة لا أثر له إلا

الطلاق لأن كلامها لما بالاشتغال بما لا يعنينا فبلغوا ما يبتغى عليه . وعن الثاني بأن قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من التنية لتعيين جهة الوجود وقوعا (وقوله إذ المشيئة تنبئ عن الوجود) قيل لأن المشيئة في الأصل مأخوذة من الشيء وهو اسم للموجود ، فكان قوله شئت بمنزلة أوجدت وإيجاد الطلاق بإيقاعه ، بخلاف الإرادة فإنها في اللغة عبارة عن الطلب ، قال عليه الصلاة والسلام : أحيى رائد الموت ، أى طالبه ، فإن قيل : ذهب علمائنا في أصول الدين إلى أن الإرادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة ؟ فالجواب أنه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة إلى العباد وتنويع بالنسبة إلى الله تعالى ، لأن ما شاء الله كائن لا محالة وكذا

صريحا في كلام المرأة (قوله لأن كلامها لما بالاشتغال بما لا يعنينا فبلغوا الخ) أقول : كونه لغوا لهذا السبب لا يوجب أن لا يكون الطلاق مقفرا في كلامها لأن بلغوا يبنى عليه ، ولو صرح مذكروه من الضريح لزم أن ينفق قوله شئت إذا أتت المرأة في كلامها بصريح لفظ الطلاق (قوله وعن الثاني : أى قوله : فلا بد من التنية لتعيين جهة الوجود وقوعا) أقول : بخلاف لما في سبيل قيل يفسد (قوله بخلاف الإرادة فإنها في اللغة عبارة عن الطلب) أقول : فإن قيل إذا كان الإرادة بمعنى الطلب يلزم أن لا يستلزم الوجود مطلقا كما في أوامر الله تعالى قلنا : الطلب الذي هو مدلول الأمر طلب تكليفي والإرادة طلب تكليفي وبينهما فرق ، وقد يكون مدلول بعض الأوامر طلبا تكليفيا أيضا كما في قول الله تعالى : كن -

(وكلما إذا قالت شئت إن شأمتي أو شئت إن كان كذا لأمر لم يحن بعد) لما ذكرنا أن المأني به مشبهة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الأمر (وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت) لأن التعليق بشرط كائن تنجيز (ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ماشئت أو متى شئت أو متى ماشئت فردت الأمر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس) أما كلمة متى ومتى ما فلائهما لوقت وهي عامة في الأوقات كلها ، كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع ، ولو ردت الأمر لم يكن ردا لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شأمت فلم يكن ملكها

لوم يكن مجازا عقليا أو مجازا لغويا في لفظ الإرادة ، على أنه خضع نسبة المشيئة أيضا إلى ذلك . أنشد ابن السكيت في إصلاح المنطق :

يامرجاء بجمار عقسرا إذا أتى قربته لمايشا
من الشعر والحشيش والمسا

وهو من شواهد قصر المملود ، فتوجيهه أن يعتبر العرف فيه : يعنى يكون العرف العام أنه الشيء الموجد والمشية منه بأن يراد به بعض ما يصلق عليه وهو الشيء الكائن مصدرا لشاء ، فإنه يقال شاء شيئا على إرادة الحصول بالمصدر ثم يشتق منه . ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لاموجه احتاج إلى التية فلزم الوجود فيها ، فإذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي فمعناه أوجدته عن اختيار ، بخلاف أردت كذا مجردا يفيد عرفا عدم الوجود ، وأحببت طلاقك ورخصته مثل أردته ، ولو قال شأى طلاقك ناويا للطلاق فقالت شئت وقع ، ولو قال أريد به أو هويه أو أحبيه أو أراضيه ينوى الطلاق فقالت أردته أحبته هويته رخصته لا يقع ، بخلاف ما لو قال إن أردت أو أحببت إلى آخرها فقالت أردت أو أحببت إلى آخرها فإنه يقع وإن لم ينو لأنه تعليق لا يفترق إلى التية ، وهو كقوله إن كنت تخميني يتعلق بإخبارها فإذا قالت أحببت وقع (قوله وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى) كشئت إن كان فلان قد جاء وقد جاء ، أو لأمر كائن كشئت إن كان أي في الدار وهو فيها طلقت لأن التعليق بأمر كائن تنجيز . قيل يلزم عليه أنه لو قال هو كافر إن كنت فعلت كذا وهو يعلم أنه قد فعله أن يكفر وهو منتف . أحجب بأن من المشايخ من قال بكفره فاللزام حق ، وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن أبي يوسف يفرق بأن هذه الألفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا جعل تعليق كفره بأمر في المستقبل ، فكذا إذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم . والأوجه أن الكفر بتبديل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل . فإن قيل : لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكن هنا بلفظ هو كافر وإن لم يتبدل اعتقاده . قلنا : النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لاهيته فليس هو بعد وجود الشرط متكلما بقوله هو كافر حقيقة (قوله ولو قال أنت طالق إذا شئت أو إذا ماشئت أو متى شئت أو متى ماشئت فردت) بأن قالت لأشياء لا يكون ردا وها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس ، أما كلمة متى فلانها لعموم الأوقات كأنه قال في أي وقت شئت ، وإنما

مايريد به بخلاف العباد . وقوله (وكلما إذا قالت شئت إن شاء أي) ظاهر . وقوله (لأن التعليق بأمر كائن تنجيز) قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي إن فعل كذا وهو يعلم أنه فعله وليس كذلك . وأحجب بأن بطلان الثاني ممنوع ، وبعد التسليم نقول : هذه الألفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل ، فكذا إذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم . وقوله (ولو قال لها أنت طالق إذا شئت الخ) (١٤٣ - فتح القدير ج١ - ٤)

قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ، ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم الأزمان دون الأفعال فتملك التطلق في كل زمان ولا تملك تطلقاً بعد تطلق ، وأما كلمة إذا وإذا ما فهما ومى سواء عندهما . وعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وإن كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثاً) لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم (حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها

لم يرتد بعدها لأنه لم يملكها في الحال شيئاً بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلا يكون تملكها قبله فلا يرتد بالرد . وقد يقال : ليس هذا تملكها في حال أصلاً لأنه صرح بطلاقها معلقاً بشرط مشيئتها ، فإذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه ، وإنما يصح ما ذكر في لفظ طلق نفسك إذا شئت لأنها تنصرف بحكم الملك ، بخلاف ما لو قالت طلقت نفسي في هذه المسئلة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت إيجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير أن المشيئة تقارن الإيجاد ، ثم لا تملك طلاقاً نفسها إلا مرة واحدة لأنها تعم الأزمان لا الأفعال بخلاف كما (قوله) وأما كلمة إذا وإذا ما فهي كئى عندهما) فما كان حكماً لم يـكـون حكماً لإذا (وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن كانت إذا تستعمل للشرط) المبرد عن معنى الزمان كما تقدم (لكنها تستعمل للوقت) أيضاً مجرداً عن معنى الشرط ومقروناً به ، وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ، ففي قوله أنت طالق إذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق إلا بيقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق إلا بالموت ، وفي أنت طالق إذا شئت صار الأمر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس إلا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المبرد وهو غير لازم من استعمالها . نعم لو صرح فقال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس كما إذا قال أنت طالق إن شئت فإنه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفى التهمة على نحو ما تقدم أنه إيا . أرادوه وقوله وقد مر : يعنى في فصل إضاقة الطلاق . هذا والوجه في تقريره غير هذا وهو أن قوله إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وأنه أضافه إلى زمانه ، وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقاً كان أو مضاعفاً لا مقال المصنف من أن الأمر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لأن معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد فإذا أنه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كئى ، وقد صرح آ نفا في متى بعدم ثبوت التملك قبل المشيئة لأنه إنما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تملكها قبله حتى يرتد بالرد . وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط أو الإضافة إليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه . وعلى هذا فقولهم في قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة مناه تطلق بمباشرة الشرط تجوز بالتطبيق عنه بأن تقول شئت طلاقاً أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط ، وإنما يصح كلامهم في قوله طلق نفسك كلما شئت (قوله إلا أن التعليق الخ) جواب عن مقدر هو أن الموجب كلما تكرار الأفعال أبداً . ومقتضاه أنها إذا طلقت نفسها ثلاثاً وعادت إليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضاً وليس لها ذلك . أجاب بأنها وإن كانت كذلك

واضح . وقوله (فلا يخرج بالشك) يعنى لو نظرنا إلى كونه للشرط يخرج الأمر من يدها بالقيام كما في قوله إن شئت ، ولو نظرنا إلى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك . وقوله (وقد مر من قبل) يعنى في فصل إضاقة الطلاق إلى الزمان . وقوله (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت) ظاهر .

لم يقع شيء) لأنه ملك مستحدث (وليس لما أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة) لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجما (ولو قال لما أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء، وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويؤيد ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس، بخلاف الزمان لأن له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره عموما وخصوصا (وإن قال لما أنت طالق كيف شئت طلقت تطبيقا بملك الرجعة) ومثناه قبل

لكن التضييق إنما ينصرف إلى الملك القائم لا إلى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعلوم، فلو أنصرف إليه انصرف إلى عدم الملك، فإذا فرض أن المملوك قدر معين لزم أن باستغراقه تكرارا ينتهي به التضييق، وذلك القدر هو الثلاث، فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عليها فتزوجت بآخر وعادت إلى الأول ملكت ثلاث تطبيقات أيضا خلافا لمحمد فإن عنده إذا تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم (قوله وليس لما أن تطلق نفسها ثلاثا) بالاتفاق لأنها لعموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جمعا، وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين، فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة. وعنده لا يقع شيء بناء على ما تقدم من أن إيقاع الثلاث إيقاع الواحدة عندهما خلافا له (قوله) ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء ويتقيد بالمجلس، ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويؤيد ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس (أورد عليه أنه إذا لغا المكان صار أنت طالق شئت، وبه يقع للحال كقوله أنت طالق دخلت الدار. أوجب بأنه يحل الطرف مجازا عن الشرط لأن كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو خير من إلغائه بالكيفية فأورد عليه فلم يطل بالقيام وفي أدواته مالا يطل به كمتى، وإذا أوجب بأن الحمل على إن أولى لأنها أم الباب وصرف الشرط وفيه يطل بالقيام. واعترض في بعض شروح المنار بأنه لما جعل مجازا عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة أولى انتهى. فإن أراد بالمعنى الحقيقي الزمان كمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى حيث وأين بل معناهما المكان، وإن أراد معنى الظرفية مطلقا فليس معناهما أصلا، بل اسم الظرف اصطلاح مبنى على تشبيه الزمان والمكان بالأوعية للأمتعة وهي الظروف لغة (قوله فوجب اعتباره عموما) كما في أنت طالق في أي وقت شئت (وخصوصا) في أنت طالق غدا (قوله ولو قال لما أنت طالق كيف شئت طلقت) إن كانت غير

وقوله (فلا تملك الإيقاع جملة وجما) قيل معناهما واحد. وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسي ثلاثا، والجمع أن تقول طلقت واحدة واحدة واحدة هذا هو الظاهر (ولو قال أنت طالق حيث شئت) ظاهر. فإن قيل: إذا لغا ذكر المكان. بئى قوله أنت طالق شئت فيبني أن يقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق دخلت الدار فإنه يقع الساعة. أوجب بأن حيث وأين قيدان ضربا من التأخير، وحرف الشرط أيضا يفيد ضربا من التأخير. فيشتركان في تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط. فإن قيل: إذا جعلنا مجازا عن حرف الشرط لما إذا يطل بالقيام عن المجلس ولما يطل بالقيام عن المجلس إذا جعلنا مجازا عن حرف إن، وأما إذا جعلنا مجازا عن كلمة إذا أو متى فلا يطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن كلمة إذا أو متى؟ أوجب بأن جعلنا مجازا عن إن أولى لما أنها لحض الشرط فكانت أصلا في الباب، والاعتبار بالأصل أولى من غيره، بخلاف الزمان لأن للطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان، وأما إذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الأمكنة فوجب اعتباره: أي اعتبار الزمان خصوصا، كما لو قال أنت طالق غدا أو عموما. كما لو قال أنت طالق في أي وقت شئت. قال (وإن قال أنت طالق كيف شئت

المشيئة، فإن قالت قد شئت واحدة بائة أولثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال، لأن عند ذلك ثبتت المطابقة بين مشيئتها وإرادته، أما إذا أرادت ثلاثا والزوج واحدة بائة أو على القلب تقع واحدة رجعية لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبق إيقاع الزوج وإن لم تحضره الثنية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير (قال رضى الله

مدخول بها طلبة بائة، وخروج الأمر من يدها لقوات محليتها بعدم العدة، وإن كانت مدخولا بها طلقت طلبة رجعية بمجرد قوله ذلك شاعت أولا، ثم إن قالت شئت بائة أولثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة، وإن اختلفا بأن شاعت بائة والزوج ثلاثا أو على القلب فهي رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبق إيقاع الزوج بالصريح ونيته لاتعمل في جعله بائنا ولا ثلاثا، ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره في الأصل، ويجب أن تعتبر مشيئتها، حتى لو شاعت ثلاثا أو بائة ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الأصولين. أما على أصله فلا أثر أمامها مقام نفسه في إثبات الوصف لأن كيف للحال، والزوج لو أوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلاثا عند أبي حنيفة، فكلما المرأة عند هذا التفويض تملك جعل ما وقع كذلك، وأما عندها فكذلك تملك إيقاع البائن والثلاث لأنه تفويض أصل الطلاق إليها على أى وصف شاعت، كذا في الكافي، وهذا الذى ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبي حنيفة، أما عندهما فالتم تشا لم يقع شئ.

اختلف علمائنا فيما إذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أولا، فقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلبة واحدة ولا مشيئة لما إن لم يدخل بها، وإن دخل بها وقعت طلبة رجعية والمشيئة إليها في المجلس بعد ذلك. ثم لا يخلو من أن ينوى الزوج شيئا أو لم ينو، فإن كان الثانى اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير. وإن كان الأول، فإن اتفقت نيته ومشيئتها فذلك، وإن اختلفا بأن شاعت بائة والزوج ثلاثا أو بالعكس وقعت واحدة رجعية، وقالا: لا يقع شئ لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء، فإن شاعت أوقعت ما شاعت من الرجعي والبائن والثلاث لأنه فوض التطليق إليها على أى صفة شاعت، لأن كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الأصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الأحوال، كما لو قال أنت طالق إن شئت أو حيث شئت أو أين شئت. ولأبي حنيفة أن كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الأصل، يقال كيف أصبحت: أى على أى وصف من الصحة والسقم وغير ذلك، فكان التفويض في وصف الطلاق، والتفويض في وصفه يستدعى وجود أصله، وإلا لكان كيف لطلبه وليس كذلك، ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر. وههنا سؤال مشهور وهو أن المقول أن لا يحتاج إلى نية الزوج، لأنه لما فوض الأمر إليها وجب أن تستقل بإثبات ما فوض إليها اعتبارا بعامة التفويضات. وجوابه أنه فوض إليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف: يعنى العدد والبنوة فيحتاج إلى الثنية لتعيين أحدهما. وقد روى عن الطحاوى أن للمرأة أن تجعل الطلاق بائنا أو ثلاثا في قول أبي حنيفة. قال صاحب النهاية ناقلا عن القوائد الظهيرية: وقد راجعت الفحول في جواب هذا الإشكال فأقرع معى جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوى. ولقائل أن يقول: لا مناسبة لهذا التفويض لعامة التفويضات إلا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود القاروق، وهو أن المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر. توضيحه أن المتأخر إلى المشيئة ما علق بها والتحليق بالمشيئة إنما حصل

(قال المصنف: لأن عند ذلك ثبتت المطابقة بين مشيئتها وإرادته) أقول: أطلق المشيئة في جانبها إذا بها ثبت وجود الطلاق والإرادة في جانبها حيث لا يقع بها الطلاق، وكذا الكلام في قوله أما إذا أرادت ثلاثا فليتمل، فإنه لم يتجه الفراح لهذه الحقيقة فقالوا: وإن اختلفا بأن شاعت بائة (قوله وجوابه أنه فوض إليها حال الطلاق الخ) أقول: فيه بحث (قوله وهي مشتركة بين الكم والكيف) أقول: فيه بحث. (قوله وهو أن المفوض ههنا متنوع الخ) أقول: فيه أن التفويض هنا على سبيل التصميم لكل صفة ككون المفوض متنوع لا مفيد.

تعالى عنه : وقال في الأصل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة نقشا رجعية أو بآنة أو ثلاثا) وعلى هذا الخلاف العتاق ؛ لهما أنه فوّض التطلاق إليها على أى صفة شاعت فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشيئة في جميع الأحوال : أعني قبل الدخول وبعده . ولأبي حنيفة رحمه الله أن كلمة كيف

(وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت) يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة . وا لحاصل أن أصل الطلاق لا يتعلق بمشيتها عنده بل بصفته وعندهما يتعلقان معا بمشيتها . وما قيل إن العتق لا كيفية له ليعتق فيقع البيت يوم عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقاً ومنجزاً على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقاً يأتي من الزمان ومقيداً به (قوله فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيتها) لأنه لو لم يتعلق أصله بمشيتها حتى وقع دونها وقع موصوفاً بالية ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيتها ، وقد كان كل وصف بمشيتها هذا خلف ، وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله أنت طالق تنجز لأصل الطلاق جاعلاً صفته على مشيتها ، ومن ضرورة إثبات أصله إثبات وصف الرجعة فكان في نفس كلامه هذا تخصيصاً بعض الأوصاف من عمومها . بقى أى الأمرين أولى ؟ تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التى هى تنجز أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقاً للمحافظة على حقيقة العموم ؟ والنظر في ترجيح الأول لأن تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقاً لأنه لا يكاد يثبت . وأما ما رجح به في الكافي من أن بتقدير قولها يبطل الاستيفاء والكلام يجعل على التخصيص دون التعليل فإنما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيفاء ، ولا يخفى أن معنى الاستخبار هنا غير مراد أصلاً ، بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئت كما قوله تعالى - أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت - أى ينظرون إلى كيفية خلقها . فإن قلت : فلم لم يعتبر كيف شرطاً وهو أحد استعماليها فترجع قولهما لأن تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ . فالجواب لا يجوز لأن شرط شرطيتها اتفاق فعل الشرط والجزاء لفظاً ومعنى نحو كيف تصنع أصنع . وما قيل في توجيه قولهما أن غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض ، فليس أحدهما قائماً بالآخر بل كل منهما يقوم بالجمم فلزم منه كون الطلاق ليس موجوداً بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفية سواء في الأصلية والفرعية ،

بكلمة كيف لأن قوله أنت طالق ليس فيه شيء منه وهى لا يتعلق لها بالأصل أصلاً فيكون منجزاً أصل الطلاق ومفوضاً لوصفه المتنوع . وتقويض وصف الشيء مبهما قبل وجود الأصل ممنوع إلا أن في غير المدخول بها لا أثر للمشيئة الوصف بعد وقوع الأصل لعدم المحل فيلغو تقويض الصفة إلى مشيتها ، وفي الموطوعة المحل باق بعد وجود الأصل فلها المشيئة بعد وقوعه . وقوله (وعلى هذا الخلاف العتاق) يعنى إذا قال لبعده أنت حر كيف شئت حتى عند أبي حنيفة ولا حال للعتق يفوض إليه . وعندهما لا يعتق حتى يشاء وإنما قال في الكتاب (قال في الأصل هذا قول أبي حنيفة) لأن ما أورده في الأصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما ، وإنما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة لا غير فذكره ليتبين أن ما ذكره في الجامع الصغير إنما هو قوله لا قولهما بدليل .

للاستيفاف ، يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله ووجود الطلاق بوقوعه (وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ما شئت) لأنهما يستعملان للعدد فقد فوض إليها أى عدد شامت

فإذا تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر ، فحاصله ذكر مبنى آخر غير ما تقدم من ضرورة تعلق الأصل على ما ذكرنا وهو ضعيف إذ المبنى ليس إلا التلازم فما ثبت لأحدهما ثبت للآخر ، ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك فالترتيب ما قرره (قوله ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ما شئت) واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ، ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق ، بخلاف مسألة كيف شئت على قوله ، وهذا لأن كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شيء مالم تشأ . والقياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا كما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يباح لها في التخيير . ووجهه ما ذكره في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية . قال : لو طلقت نفسها ثلاثا على قولها أو ثنتين على قول أبي حنيفة لا يكره لأنها مضطرة إلى ذلك لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها ، بخلاف ما لو وقع الزوج ذلك ، وعلى هذا فما في أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله إن شامت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها لاحتياج إلى حمله على مشيئة القدرة لاشيئة الإباحة ، ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر من إطلاق العدد وإرادته وما شئت تعميم العدد فتقريره . وأورد أن كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو مادام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت . أجب بأنه معارض بالمثل بأن يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لا يثبت بالقيام عن المجلس ، ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيها وراء المجلس ، فلا يثبت فيه بالشك فتعارض ، وترجح اعتبارها للعدد بأن التفويض تحريك مقتصر على المجلس مالم يكن موقتا ، وإنما يكون لو كانت معتبرة بمعنى العدد ولأنه المتبادر من ذلك ، بخلاف الزمان فإنه إنما يتبادر حالة وصلها بدام

ما ذكر في الأصل (وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ما شامت) ذكر في أصل رواية الجامع الصغير : إن شامت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها ، فإن قيل : كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسهه أن يطلقها ثلاثا ؟ أجب بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله إن شامت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة القدرة لاشيئة الإباحة : يعني أنها تقدر على ذلك كقوله تعالى - فن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر - على أنه روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك مباح لها في التخيير . ووجه الاختصاص اضطرابها ، فإن التفريق يخرج الأمر من يدها . وقوله (لأنهما يعني كم وما يستعملان للعدد فقد فوض إليها أى عدد شامت) فإن قيل : هذا في « كم » مسلم ، وأما في « ما » فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى - مادمت حيا - فقد وقع الشك في تفويض العدد إليها فلا يثبت العدد بالشك . أجب بأن جانب العدد مرجح بأصل آخر وهو أن هذا تفويض بمعنى التحريك لأنه تفويض إلى المرأة أمر نفسها والتعليكات تقتصر على المجلس ، وذلك إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت ، وفيه نظر لأن فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح . والجواب أنه تحريك فيه معنى التعليق ، والأول كالأصل فالترجيح به أولى

(فإن قامت من المجلس بطل ، وإن ردت الأمر كان ردا) لأن هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضى الجواب في الحال (وإن قال لها طلق نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ولا تطلق ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : تطلق ثلاثا إن شاءت) لأن كلمة ما عكجة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فحمل على تمييز الجنس ، كما إذا قال كل من طعمى ما شئت أو طلق من نسائي من شاءت . ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبويض وما للتعميم فعمل بهما ،

ثم (إن ردت الأمر) بأن قالت لا أطلق (كان ردا) لأن هذا أمر واحد بخلافه بكلمة . وقوله (خطاب في الحال) احتراز عن إذا ومتى : يعنى هذا تملك منجز غير مضاف إلى وقت في المستقبل فاقضى جوابا في الحال (قوله وإن قال لها طلق نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثلثين) بالاتفاق . واختلفوا في الثلاث فلا تطلق عند أبي حنيفة ثلاثا ، وبه قال الشافعي وأحمد . وتطلق عندهما إن شاءت (لأن كلمة ما عكجة في العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز) أى للبيان كما في قوله تعالى - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - وغيره صلة - ليغفر لكم من ذنوبكم - وتبعضا نحو أكلت من الرغيف (فيحمل على تمييز الجنس) محافظة على عموم ما : أى بيان الجنس ، بخلاف ما لو حملت على التبويض : يعنى فيكون بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الأعداد منه وإن كان لا يتصور في الطلاق عدد إلا الثلاث فذاك شرعا ، أما في الإمكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وإن كان حكمه في الشرع المنع ، فالعنى طلق نفسك العدد الذى هو الثلاث دون سائر الأعداد . وعلى قولهما يكون التفويض في الثلاث خاصة فصحة تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم في طلق نفسك ثلاثا (كما لو قال كل من طعمى ما شئت) له أكل الكل (وطلق من نسائي من شاءت) فشن كلهن له أن يطلقهن ، بخلاف ما إذا حملناها على التبويض فإنه حينئذ يبطل عموم ما (ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة في التبويض) إذا دخل على ذى أبعاض والطلاق منه (وما للتعميم فيعمل بهما) بمن في معناها في مثله وبما في عموم مخصوص ضرورة إعمال من في معناها في مثله ، بخلاف حمل من على البيان فإن ضابطه صحة وضع الذى مكانها ووصله بمدخولها مع ضمير منقصل ، مثاله - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - : أى الرجس الذى هو الأوثان ، ولا يحسن هنا طلق نفسك

(فإن قامت من المجلس بطل الأمر) لما ذكرنا أنه تملك والتملك يقتصر على المجلس (وإن ردت الأمر كان ردا) لأن هذا أمر واحد) إذ ليس فيه ما يدل على التكرار ، قيل هو احتراز عن كلما ، وكل ما هو أمر واحد يقتضى جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينفى أن يكون في الحال ، إذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا . قيل وهو احتراز عن إذا ومتى والخطاب في الحال يقتضى الجواب في الحال لما قلناه فإذا ردت الأمر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار ، وإن قال لها طلق نفسك من ثلاث ما شئت ، فلها أن تطلق نفسها واحدة وثلثين دون الثلاث عند أبي حنيفة ، وقالوا : لها أن تطلق ثلاثا لأن كلمة ما عكجة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز (يعنى للبيان كما في قوله تعالى - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - وقد تكلف للتبويض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه الحكم والمجمل فيحمل المحتمل على الحكم ويجعل بيانا (كما إذا قال كل من طعمى ما شئت أو طلق من نسائي من شاءت . ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبويض وما للتعميم والعمل بهما ممكن بمن حيث أن يجعل المراد بعضا عاما ، والثنتان كذلك لأنه بالنسبة إلى الواحدة عام وبالنسبة

(قال المصنف : وهو خطاب في الحال) أقول : احتراز عن إذا ومتى : يعنى أن هذا تملك منجز غير متصرف إلى وقت في المستقبل .

وفيما استشهدنا به ترك التبعيض بدلالة إظهار السباحة أو لعموم الصفة، وهي المشيئة، حتى لو قال من شئت كان على هذا الخلاف، والله تعالى أعلم بالصواب.

ماشت الذي هو الثلاث، فإن ما موصول معرفة فلا بد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العدد فأنحل إلى طلق نفسك العدد الذي شئت الذي هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي شأته أو تشاؤه وأنه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء إنما هو في الثلاث، وإنما تملك أن تطلق نفسها واحدة لأنها جزء ما ملكته بالتفويض كقوله طلق نفسك ثلاثا لها أن تطلق واحدة، وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم نبوة إذ المعنى طلق نفسك عددا شئت، على أن مانكرة موصوفة، فالجملعة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحلوف قيد في العدد مزيل من إبهامه.

[فروع] قال أنت طالق ثلاثا إلا أن تشائي واحدة فشامت واحدة طلقت واحدة. وقال محمد: لا يقع شيء لأن معناه إن لم تشائي واحدة فأنت طالق ثلاثا، فإذا شأته واحدة لا يقع شيء. ولأبي يوسف أنه أثبت لها مشيئة الواحدة فإذا شأتهما تقع. ولو قال طلقها إن شاء الله وشئت وأنت طالق إن شاء الله وفلان أو ماشاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة من فلان شيء لأنه عطف على باطل فيبطل، ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها إذا أو متى شئت لأن حين الوقت، ولو قال إن شئت فأنت طالق إذا شئت أو متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال، لأنه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في أي وقت شأته، فإذا شأته في المجلس صار كأنه قال أنت طالق إذا شئت لأن المعلق كالمرسل عند الشرط. ولو قال لامرأته إذا شئت فأنت طالق فاشامت إحدهما أو شأتهما طلاقا لا يقع لأن الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد. ولو قال لاثنتين إن شئتاهما ففهي طالق ثلاثا فشامت إحدهما واحدة والآخر اثنتين لم يقع شيء، لأن الشرط مشيئتهما الثلاث، بخلاف ما لو قال لهما طلقاهما ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر اثنتين وقع الثلاث لأن كل واحد يفرد بإيقاع الثلاث فيصح إيقاعه لبعضها. ولو قال إن شئت فأنت طالق ثم قال لأخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الأولى إن نوى الزوج وإلا فلا، لأنه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك: أي كلاهما مملوكان لي فأيهما نوى صدق. ولو قال طالق إن شئت وأبيت أو إن شئت ولم تشائي لم تطلق أبدا لأنه جعل المشيئة والإبقاء شرطا واحدا ولا يمكن اجتنابهما. ولو قال إن شئت وإن لم تشائي فشامت في المجلس طلقت، ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضا كما لو قال إن دخلت أو لم تدخل. أما لو أخر الطلاق فقال إن شئت وإن لم تشائي فأنت طالق لا تطلق أبدا. ولو قال أنت طالق إن شئت وإن أبيت، فإن شأته يقع وإن أبت يقع، وإن سكنت حتى قامت من المجلس لا يقع. وكذا إن شئت أو أبيت. وفي طالق إن أبيت أو كرهت طلاقك فقالت أبيت تطلق. ولو قال إن لم تشائي طلاقك فأنت طالق فقالت لا أشاء لا تطلق لأن لفظ أبيت لإيجاد الفعل الذي هو الإبقاء وقد وجد، وأما لفظ لم تشائي فللعدم لا للإيجاد وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا أشاء لأن لها أن تشاء من بعد وإنما يتحقق بالموت وفي أنت طالق واحدة إن شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف. ولو قال لها طلق نفسك وقال لها آخر احتق عهلك فبدأت يعتق العبد خرج الأمر من يدها، ولو كان الأمر بالعق زوجهما فبدأت بالعق لا يبطل

إلى الثلاث بعض. فإن قيل: فعلى هذا لا يتناول الواحد لأنه ليس بعام. أجيب بأنه يتناوله دلالة، وإذا كان العمل بهما يمكننا لإيهل أحدهما (وفيما استشهد به ترك التبعيض) بدليل خارجي (وهو إظهار السباحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة) فإن النكرة إذا اتصفت بصفة عامة نعم لما عرف وههنا كذلك (حتى لو قال من شئت كان على الخلاف)

خيارها في الطلاق . وعنه لو قال لها أنت طالق إن شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة . لا عند الظهر ، فإن شئت الساعة وقمت عند الظهر . وعلى قياس قول أبي حنيفة إن كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على إحدى الرويتين عنه فإنه ذكر في باب المشيئة من طلاق الأصل : لو قال إن شئت فأنت طالق غدا فالمشيئة إليها الحال ، بخلاف أنت طالق غدا إن شئت فإن المشيئة إليها في الغد ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : المشيئة إليها في الغد في الفصلين . وقال زفر : المشيئة للحال فيهما . وذكر في الأمالي الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف على العكس . وفي المتن رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة إذا قال أنت طالق غدا إن شئت أو أنت طالق إن شئت غدا لها المشيئة غدا ، وقالوا : إن قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال ، وإن أخرها فلها المشيئة غدا . وفرح على هذا لو قال اختارى غدا إن شئت أو اختارى إن شئت غدا ، أو أمرك بيدك غدا إن شئت أو أمرك بيدك إن شئت غدا فالمشيئة في الغد في الحالين عند أبي حنيفة ، وكذا إذا قال طلق نفسك غدا إن شئت أو طلق نفسك إن شئت غدا أو إن شئت فطلقني نفسك غدا لم يكن لها أن تطلق نفسها إلا في الغد عنده ، وقالوا : إن قدم المشيئة فلها أن تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا . والمذكور في الكافي وشرح الصمد الشهيد أنت غدا طالق إن شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا ، إنما لها المشيئة في الغد ، بخلاف قوله إن شئت فأنت طالق غدا فإن لها المشيئة في مجلسها لأن في الثاني علق بالمشيئة طلاقا مضافا إلى غدا ، ولو علق بالمشيئة طلاقا متجزا تعتبر المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها ، فكذا إذا علق بها طلاقا مضافا . وفي الأول بدأ بإضافة الطلاق إلى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فتراعى المشيئة في ذلك الوقت . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن في الفصلين ترعى المشيئة في غدا وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالا . ولو قال لها أنت طالق إذا شئت إن شئت أو أنت طالق إن شئت إذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شئت . وعند أبي يوسف إن أخر قوله إن شئت فلكل ذلك وإن قدمه تعتبر المشيئة في الحال ، فإن شئت في المجلس تطلق نفسها بعد ذلك إذا شئت . ولو قامت من المجلس قبل أن تقول شيئا بطل . وقال خمس الأئمة فيما قدمنا من أن إن شئت فأنت طالق إذا شئت هنا مشيتان الأولى على المجلس والأخرى مطلقة إليها معلقة بالوقت ، فتي شامت بعد هذا طلقت ، قال : وإن لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ، ولا فرق بين أن يقول إن شئت الساعة أو لم يذكر الساعة . ولو قال أنت طالق وطالق وطالق إن شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شيء لأنه ما شاء الثلاث ، وكذا لو قال شئت أربعاً . ولو قال أنت طالق إن شئت واحدة وإن شئت الثلاث فقلت شئت وقع الثلاث . ولو قال اخرجني إن شئت بنوى به الطلاق فشامت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها طلقني . وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلاث . ولو قالت طلقني طلقني طلقني بلا وأوفلت ، فإن نوى واحدة فهي واحدة وإن نوى ثلاثا ثلاث . ولو قالت لزوجها تريد أن أطلق نفسي ؟ فقال الزوج تم فقلت طلقت ينظر إن نوى الزوج التفويض وقع وإن نوى الرد : يعني طلقني إن استطعت لا يقع .

قيل ثم إنها إن طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء عند أبي حنيفة ، لأن مذهبه أن المقوض إليها الواحدة إذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع ، فكذا إلى فروعها فإذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقدم ، ولقد أعلم .

(باب الأيمان في الطلاق)

(وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق) وقال الشافعي رحمه الله تعالى : لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح »

(باب الأيمان في الطلاق)

اليمين في الأصل القوة . قال الشاعر :

إن المقادير بالأوقات نازلة . ولا يمين على دفع المقادير

أي لاقوة ، وسميت لإحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة إلى الأخرى ، وسمى الحلف بالله يمينا لإفادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه ، ولاشك في إفادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الأمر وتعليق المحبوب لما على ذلك الحمل عليه فكان يمينا (قوله وإذا أضاف الخ) استعملها في المفهوم اللغوي وإلا فالمثل لا يطابق لأنه تعليق لا إضافة (قوله وقال الشافعي : لا يقع) ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال أحمد . وقال مالك : إن خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة صبح ، وإن عم مطلقا لا يجوز إذ فيه سد باب النكاح ، وبه قال ربيعة والأوزاعي وابن

(باب الأيمان في الطلاق)

لما فرغ من بيان تجبيز الطلاق صريحا وكتاية أعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق ، والشرط والمركب مؤخر عن المفرد . واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء ، سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السبية . إضافة ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والمناق والظهار إلى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص ، كما إذا قال لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق ، أو على العموم كقوله كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، وهو قول عمر روى ذلك عنه في الظهار . وقال الشافعي : لا يصح وهو قول ابن عباس ، واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام « لا طلاق قبل النكاح » روى عن عبد الله بن عمرو بن العاصي أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه ، فقال : إن نكحتها فهي طالق ثلاثا ، فستل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا طلاق قبل النكاح » ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء ،

(باب الأيمان في الطلاق)

(قوله لما فرغ من بيان تجبيز الطلاق صريحا الخ) أقول : وفي أكثر التطويقات يقع الطلاق بمباراة النساء منجرا (قوله عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل الخ) أقول : الباء في ما يتعلق بتعليقه بعد ما يتقدم بقوله بأمر فلا يلزم تعلق حرفين من جنس واحد بمعنى واحد بفعل واحد ، ولك أن تجمع اتحاد المعنى فإن الثاني للاستعانة والتلازمة والأول للإصباح (قوله واسعد جل ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح » روى عن عبد الله بن عمرو بن العاصي رضي الله عنهما أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه فقال : إن نكحتها فهي طالق ثلاثا ، فستل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا طلاق قبل النكاح » أقول : فعل هذا لا يخرج ما ذكره المصنف في معبر عن الجواب من قوله الحديث محمول على التنجيز ، إذ لا إحالة لكون ذلك الكلام طلاقا منجرا حتى يسألوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم . والخ إن ما في الكتاب إشارة إلى ما أخرجه ابن ماجه من حديث المسود بن حمزة قال صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح » ، ولا حق قبل الملك .

ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالتصرف ، والحديث محمول على نفي التجنيز ،

أبي ليلي . أما لو قال كل امرأة أتزوجها فهي على كظهر أرى فإنه يصير مظاهرا مع العموم لأن الحرمة ترتفع بالتكفير . وعندنا لا فرق بين العموم وذلك الخصوص إلا أن حصته في العموم مطلق ، يعني لا فرق بين أن يعلق بأداة الشرط أو بمعناه ، وفي المعينة يشترط أن يكون بصريح الشرط ، فلو قال هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة فلا تؤثر فيها الصفة : أعني أتزوجها ، بل الصفة فيها لغو فكانه قال هذه طالق ، بخلاف قوله إن تزوجت هذه فإنه يصح ، ولا بد من التصريح بالسبب . في المحيط : لو قال كل امرأة أجمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق ، وكذا كل جارية أطوها حرة فاشتري جارية فوطئها لا تمتنع لأن العتق لم يصف إلى الملك . ولو قال نصف المرأة التي تزوجني طالق فتزوج امرأة بأمرو أو بغير أمرو لا تطلق لأن التعليق لم يصح . ولو تزوج امرأة على أنها طالق لم تطلق لأنه تعليل جعله بدلا أو شرطا . وكذا لو اشترى عبدا على أنه حر لم يعتق . ومذهبا مروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر . تمسك الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح » أخرجه ابن ماجه من حديث المسود بن حمزة ، قال صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح ، ولا عتق قبل ملك » وعنده طريق أخرى عن علي رضي الله عنه يرفعه « لا طلاق قبل النكاح » انتهى ، وفيه جوير وهو ضعيف . وأخرج أبو داود والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » قال الترمذي حسن ، وهو أحسن شيء روى في هذا الباب . وأخرج الدارقطني عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا ، قال : طلق ما لا يملك » وأخرج أيضا عن أبي ثعلبة الخشني قال « قال عمي : اعمل لي عملا حتى أزوجه ابنتي ، فقلت إن تزوجها فهي طالق ثلاثا ثم بدا لي أن أتزوجها ، فأثبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي : تزوجها فإنه لا طلاق إلا بعد النكاح ، قال فتزوجها فولدت لي سعدا وسعيدا » . ولنا أن هذا تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم .

وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن الوقوع عند الشرط إذا العلة ليست بعلة في الحال عندنا كما عرف في الأصول (والملك متيقن به عنده) أي عند وجود الشرط ، وإذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقضى وهو العلة لأن المعلق بالشرط كالمفوض لذي الشرط ، وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو مقتضى بقوله إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء ، وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب أن الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج إلى اشتراطه في الحال ، بخلاف صورة النقض فإنه لو لم يشترط فيها قلنا عريت عن الملك ظاهر لأن الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به ، وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به . وقوله (وقيل ذلك) أي وقبل وجود الشرط أثره المنع وهو قائم بالتصرف لأنه يمين وعمله ذمة الخالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ، ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الأنوار والتقرير . وقوله (والحديث) يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التجنيز ، فإن المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق

والجواب من حديث عبد الله بن مسعود (قال المصنف : ولنا أن هذا تصرف يمين) أقول : إضافة يمانية : أي تصرف يمين (قوله وهو مقتضى الشرط) أقول : في توجيهه النقض ما لا يخفى .

والحمل مأثور عن السلف كالشعي والزهرى وغيرهما (وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فانت طالق) وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال. والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط

كالعتق والوكالة والإبراء ، وما ظن مانعا من أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو ، وذلك لأن النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها ، بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لأنه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى المطلوب . أما الطلاق فمحظور ، وإنما شرع للحاجة بتباين الأخلاق غلط لأن الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل الزوج ، فإن النفس قد تدعو إلى تزوجها مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها ونخشى لحاجتها وغلبتها عليه فيؤنسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطامها عن مزارع الضرر ، فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليعطما عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضى وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلامانع ، بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحه لما سيذكر . والجواب عن الأحاديث المذكورة أما ما قبل الحديثين الآخرين فمحمول على نفي التنجيز لأنه هو الطلاق ، أما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقا وذلك عند الشرط (والحمل مأثور عن السلف كالشعي والزهرى) قال عبد الرزاق في مصنفه : أخبرنا معمر عن الزهرى أنه قال في رجل قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل أمة أشترتها فهي حرة هو كما قال ، فقال له معمر : أو ليس قد جاء « لا طلاق قبل نكاح » ولا عتق إلا بعد ملك » قال : إنما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر . وقول المصنف (وغيرهما) تصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشمرة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله مأثور عن السلف يعطى أنه مأثور عن غيرهما أيضا . أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعي والنخعي والزهرى والأسود وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال . وفي لفظ : يجوز عليه ذلك . وقد نقل مذهبا أيضا عن سعيد بن المسيب وعطاء وحاد بن أبي سليمان وشریح رحمة الله عليهم أجمعين . وأما الحديثان الآخران فلا شك في ضعفهما . قال صاحب تنقيح التحقيق : إتهما باطلان ، ففي الأول أبو خالد الواسطي وهو عمر بن خالد قال وضاع ، وقال أحمد وابن معين كذاب ، وفي الأخير على بن قرين كذبه ابن معين وغيره ، وقال ابن عدى : يسرق الحديث . بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربي القاضي شيخ السبيل جميع الأحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة ، ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعي ، فاقيل لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لأن الترجيح فرع صحة الدليل أولا ، كيف ومع عدم تقدير الصحة لادالة على نفي

وتحقيقه أنهم سألوه عليه الصلاة والسلام عن كون ذلك طلاقا فقال « لا طلاق قبل النكاح » وليس الكلام فيه ، وإنما الكلام في أن تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز ، وليس في الحديث ما يدل على نفيه أو إثباته (والحمل على التنجيز مأثور عن السلف كالشعي والزهرى وغيرهما) كمكحول وسالم بن عبد الله (وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فانت طالق) وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال ، والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط (لأن الأصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب الحال لا يقال :

(قوله وتحقيقه أنهم سألو رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلى قوله : فقال « لا طلاق قبل النكاح ») أقول : فيه بحث مرث الإغارة إليه .

تعليقه بل على نفي تنجيذه . فإن قيل : لامتني لحمله على التنجيز لأنه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فاجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله ، فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل الزوج تنجيذا ويعدون ذلك طلاقا إذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الأحاديث وغيرها . بلى لم بعد ذلك أن يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا ليخرج عن تناول النص ، بل هو طلاق تأخر عمله إلى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار . والجواب أن أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه ، وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث إجماعا . ومما يؤيد ذلك ما في موطن مالك أن سعيد بن عمر بن سليم الزرق سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته إن هو تزوجها ، فقال القاسم : إن رجلا جعل امرأته عليه كظفر أمه إن هو تزوجها ، فأمره عمر إن هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر . فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعا والكل واحد . والخلاف فيه أيضا وكذا في الإيلاء إذا قال إن تزوجتك فوائه لا أقربك أربعة أشهر يصح فتي تزوجها يصير موليا . فإن قيل : هذا التعليق إنشاء تصرف في محل لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بأن قال إذا بلغت فزوجته طالق ، وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك . قلنا : لا بد أولا من بيان المراد بقولنا هو طلاق أو ليس به إذ لاشك في أنه لفظ الطلاق ، والمراد أنه ليس سببا في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار . وحينئذ نقول : لا إشكال في أن كون الشيء سببا شرعا لثبوت حكم في محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعا : أعني أن يعتبر الشرع أنه اتصل به سببا للحكم فيه لا بمجرد الاتصال في اللفظ فإن سببيته ليست إلا بإيجاع الحكم في محل حوله ملازما للحكم فيحل بحيث حل ، ولا ريب في أن أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بأنه لم يعن أنت طالق الآن ، بل إذا كان كذا فانت طالق إذ ذاك لا الآن ، فإذا كان ذاك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سببا ، بخلاف البيع بشرط الخيار لأنه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبتته في الحال ، غير أنه جعل له خيار أن يفسخ إن لم يوافق غرضه رفقاه ، وهذا لا يمنع من الوصول في الحال بل يتحقق سببيته في الحال لو تأملت هذا التركيب . وأما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز ، بخلاف البالغ فإن افتقاره في التصرف إلى المحل إنما هو عند قصد التنجيز فيه للحال ، وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر : أعني منع نفسه من تزوجها ، وهذا يقوم به وحده فيضمن هذا منع كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقصود عليه إلا أنه لما كان الحنف أحد الجائزين وبمقتديره ينقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية وهما معا يتوقفا على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده . ثم رأينا الشرع محصمه مكفيا بظهور قيامه عنده فإذا قال للمتنكحة إن دخلت الدار فأنت طالق فإن قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه إياه مع تيقن قيامه أخرى وذلك في المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك ، وبهذا حصل الجواب عن الأخير : أعني تعليقه في الأجنبية بغير الملك ، ولهذا رأينا الشرع صحيح قوله للأمة إذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق مائلته مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة ، فظهر أن قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ، ولعبري إن جل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الإيجاز وطلاوة الألفاظ . وقوله وقع عقيب النكاح يفيد أن الحكم يتأخر عنه وهو المختار لأن الطلاق المأثران المحتاج إليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لاثبتة ، لأن الاستصحاب لا يصلح حجة لإثبات عالم يكن وليس الكلام فيه ،

لا يقع كقولها أنت طالق مع نكاحك إذ لا يثبت الشيء منتفياً ، ومرجع ضمير أثره تصرف يمين وهو إضافة بيانية : أى تصرف هو يمين ، وكذا هو في قوله وهو قائم بالتصرف ، أى فلا حاجة إلى اشتراط المحل بل قيام ذمة الخالف في ذلك كاف . وقول مالك إنه سد على نفسه باب النكاح . قلنا : فإذا يلزم إذ قد يكون علم مصلحة في ذلك ديناً لعلمه بغيلة الجور على نفسه أو دنيا لعدم يساره ولنفسه بل حاج فيؤمها ، على أنه يتصور تزوجه عندنا بأن يعقد له فضولى ويميز هو بالفعل كسوق الواجب إليها . أو الوطء . واعلم أن مقتضى ما ذكر كون المضاف لا ينقد سبياً في الحال كالمعلق ، لكنهم جعلوه سبياً في الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان ، ولا فرق إلا ظهور لإرادة المضيف الإيقاع ، بخلاف المعلق فإن قصده البر ، فكأن هذا المعنى المحقول صارفاً للفظ عن قضيته ولا يمرى عن شيء مع إن نحو أنت طالق غداً وإذا جاء غداً واحد في قصده الإيقاع ، وهم يجعلون إذا جاء غداً تعليقاً غير سبب في الحال والأخضر سبياً في الحال . وأما قولهم إنه ينزل سبياً عند الشرط كأنه عند الشرط أوقع تنجيذاً فالمراد الإيقاع حكماً ، ولهذا إذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ، ولو كان كالمفوض حقيقة لم يقع لعدم أهليته .

[فروع] في المنتقى : إن تزوجت فلانة : فهي طالق وإن أمرت من يزوجها فهي طالق فأمر إنساناً أن يزوجهما منه طلقتهما لئلا يمتدان إحداها على الأمر والأخرى على التزوج . ولو قال إن تزوجت فلانة وإن أمرت من يزوجها فهي طالق فأمر إنساناً أن يزوجهما منه فتزوجها بنفسه طلقت لأن اليمين واحدة والشرط شيان وقد وجد ، بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الأمر حيث لا تنحل اليمين ، وكذا لو تزوجهما من غير أن يأمر أحداً لا تطلق لأنه بعض الشرط ، فإن أمر بعد ذلك رجلاً فقال زوجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكامل الشرط . ولو قال إن تزوجت فلانة أو أمرت إنساناً أن يزوجهما فهي طالق فأمر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لأنه حث بالأمر قبل تزويج السامور فأنحل اليمين بلا وقوع شيء فلا بحث بزوجه بعده . وعن أبي يوسف : إذا قال إن تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطبتها فتزوجها لا تطلق ، قال في الكتاب لأنه حث بالخطبة ، فهذا يدل على أن اليمين منعقدة ، وهو رد على من قال اليمين غير منعقدة لأن الشرط أحدهما ، وأحدهما بعينه صالح والأخر لا فإنه نص على الحث ، حتى لو تزوج قبل الأمر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بمحضرة رجلين تزوجتك بألف قبلت طلقت . وفي فوائد خمس الأئمة الحلولى : لو قال إن تزوجت فلانة فهي طالق إن تزوجت فلانة فزوجة فلانة لا تطلق ، فإن طلقها ثم تزوجهما تطلق . ونوجه أنه اعتراض الشرط على الشرط كقوله إن تزوجتك فأنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين . رجل له مطلقة فقال إن تزوجهما فحلل الله على حرام فتزوجها تطلق . ولو قال لمرأته إن تزوجت عليك ما عشت فحلل الله على حرام ، ثم قال إن تزوجت عليك فالطلاق على واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطبيقاً باليمين الأولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية بصرفها إلى أيهما شاء ، هذا في النوازل . قال في المحيط : وفيه نظر ، وينبى أن لا تطلق في اليمين الثانية لأن اليمين الثانية تعليق لإيجاب الطلاق بالتزويج ولأنه لا يصح ، بخلاف تعليق نفس الطلاق ، وينبى أن يقع باليمين الأولى طلاقاً لإحداها بصرفها إلى أيتهما شاء ، ولأن اليمين الأولى لما

فيصح يمينا أو إيقاعا (ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملك) لأن الجزاء لا يبد أن يكون ظاهرا ليكون خفيًا فيتحقق معنى اليقين وهو القوة والظهور بأحد هذين ، والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه لأنه ظاهر عند سببه (فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار

انصرفت إلى الطلاق. صار كأنه قال زن ويرا طلاق ، ومن قال ذلك وله امرأتان يقع على إحداها انتهى . وفي نظره نظر . أما قوله وينبغي أن لا تطلق في اليقين الثانية الخ فيناء على أن التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح ، وأنت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف ، وأن المختار وقوع الطلاق ، والمذكور في النوازل بناء عليه . وأما قوله وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداها الخ فليس بصحيح لأن حلال الله عام استغراق لا يبدل فيشمل الزوجين معا فقد حرهما وزن ويرا طلاق ليس مثله لأن معناه امرأته ، وهو إنما يتناول الواحدة فقد وقع الطلاق على واحدة مبهمة فإليه تعيينها ، وإذا قال كل امرأة أتزوجها طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق ، بخلاف ما إذا وكل به لا انتقال العبارة إليه (قوله فيصح يمينا أو إيقاعا) أي فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لأنه لا يعمل عندنا في الحال ، أو إيقاعا عند الشافعي لأنه عنده سبب في الحال (قوله ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملكه لأن الجزاء لا يبد أن يكون ظاهر الوجود) أي ظاهرا وجوده عند الفعل ، وقوله وهو القوة : أي على الامتناع هنا (قوله والظهور بأحد هذين) لفظ الظهور هنا بالمعنى القوي كذا لفظ ظاهر المذكور آنفا ، وما كان ظاهر الوجود فتعلق الإدراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي الخاص وقد يكون على وجه القطع . والحاصل أن قوله للأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق حين صبر لا يصح جعله إيقاعا لعدم الحمل ولا يمينا لعدم معنى اليقين وهو ما يكون حاملا على البر لإخافته لأنه لم يصدر خفيًا لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور ثبوت الأهلية عند وجود الشرط . لا يقال : لم يكن الأمر فيه موقوفا على العاقبة ، إن تزوجها ظهر كونه يمينا وإلا فهو على الاحتمال إلى أن يموت أحدهما . لأننا نقول : بتحقيق عدم اليقين حال صلبه لا تنفاجبقيته فإنه لم يقع خفيًا فلم يقع يمينا فلا يتحقق يمين في الوجود إلا بلفظ آخر ، ومعنى الإخافة هنا إخافة لزوم نصف المهر إن تزوجها لأنه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفاً من ذلك ، وقد أورد على هذا قوله إذا حضيت فأنت طالق فإنه يمين مع أنه لا حمل فيه ولا منع بإخافة . وأجيب بأن العبارة للغالب لا للشاذ (قوله والإضافة إلى سبب الملك) يعنى التزوج (بمنزلة الإضافة إليه) وقال بشر الميرسي :

(قوله فيصح يمينا) يعنى عندنا على ما مر (أو إيقاعا) يعنى عند الشافعي ، فإن عنده كونه طلاقا ملحق لا بالتطبيق فكان إيقاعا في الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه (ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا) للمحلف عليه (أو يضيفه إلى ملك) لأن الجزاء لا يبد أن يكون ظاهرا) أي غالب الوجود (والظهور بأحد هذين) الأمرين : أما أن الجزاء لا يبد أن يكون ظاهرا (فليكون خفيًا بوقوعه فيتحقق معنى اليقين وهو القوة) فإن الحمل على الحمل أو المنع اللذين عقد اليقين لأجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء ، والخوف إنما يكون إذا كانت الجزاء غالب الوجود عند الشرط ، وأما أن ظهوره بأحد هذين الأمرين فلا بد إذا انعدم ما انعدم الخوف فإنه انعدم معنى اليقين : أعنى الحمل أو المنع (والإضافة إلى سبب الملك) كقوله إن اشتريتك فأنت حر بمنزلة الإضافة إلى الملك (كقوله إن ملكتك فأنت حر) لأنه) أي الجزاء (ظاهر عند سببه) يعنى سبب الملك (قوله فإن قال لأجنبية) تفرع على ما مر من الأصل وهو ظاهر . واحترز بأنه لا يجوز أن يقدر تزوجتك حتى

لم تطلق (لأن الخالف ليس بمالك ولا أضافه إلى الملك أو سببه ولا يلحق واحد منهما وألفاظ الشرط إن وإذا ما

لا يصح لأن الملك يثبت عقيب سببه ، فإذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أو لزواله لا يقع كطالقي مع نكاحك أو مع موتي ، بخلاف ما إذا علقه بنفس الملك فإنه حيثئذ يتقدم الملك . وإجاب ما قال محمد : حمل الكلام على الصحة أولى من إلغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب ، فتقدير قوله إن تزوجتك إن ملكك بالتزوج ، لكن تعليل المصنف بقوله لأنه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا ، إلا أن يجعل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وهو بعيد إذ ليس هذا موضعه ، بل هو في هذا القرن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه أنهم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من أنه لم يعتبر تمام الكلام مضمرا تصحيحا ، والتقدير إن تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع به كما قال به ابن أبي ليلى لأن الميمن مذموم في الشرع أو غير مطلوب فلا يجتعل في تصحيحه ، وهذا يناقض ذلك الجواب . ويكنى في جواب ابن أبي ليلى ما قلناه المصنف ، لكن لا ينبغي ورود أن يقال إما أن يراد بالسبب المسبب أو حقيقته ، والأول تصحيح الميمن فيلزم مثله في المقول عن ابن أبي ليلى ، وعلى الثاني يريد ما قال بشر المريسي . والأولى أن يدفع ما قال ابن أبي ليلى بأنه لا طريق إلى تحقيق تلك الإرادة لانتفاء الحقيقة وطريق الهجاز ، بخلاف ما نحن فيه ، وعلى هذا لا يحسن المذكور في الكتاب أيضا ، بل الأولى أن يقال : الإضافة إلى سبب الملك مراد بها الإضافة إلى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله .

[فروع] لو قال إن تزوجتك فأنت طالق ثم نكحها يومه أبو يوسف لأنه علقه بالنكاح وذكر معه وقتا لا يقدر على إيقاعه فيه فلغا ذكره الوقت وبقى التعليق . وقالوا : لا يقع لأن التعليق كالمفوض عند الشرط . ولو قال وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لا تطلق كذا هذا . ولو قال لو ألبس إن زوجتني امرأة فهي طالق ثلاثا فزوجها امرأة بغير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح لأن تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح . ولو قال رجل لأجنبية مادم في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق ، أما إذا قال لها إن تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها تطلق (قوله وألفاظ الشرط الخ) ومن جعلها لو ومن وأى وأيان وأين وأنى وجميعها تجزم إلا لو وإذا ،

يثول معناه إن تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق صيانة عن الإلغاء . وأجيب بأن فعل الميمن بما يلزم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي إلى مذمته ، كذا قال عامة الشارحين ، وفيه نظر لأن التعليق ليس بيمين حقيقة . ولئن كان فقد يقع فيها يكون محمودا شرعا ، كما إذا قال إن أشرت بك ودخلت الدار فأنت حر فإن لصاحب الشرع حناية بوقوع الحرية . والصواب أن يقال : المقدر إما أن يكون محلوفا أو مقتضى ، وليس بمحذوف لأن المذكور ليس بمقتوف عليه لغة ولا مقتضى لأن من شرطه أن يكون المقدر أحط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر ، والشرطان متضيان ، أما الأول فظاهر لأن الزوج أعلى رتبة من دخول الدار ، وأما الثاني فلأن الشرط قبل التصريح بدخول البار وحده بعده الزوج والدخول ، فما كان شرطا صار بعضه وموضعه أصول الفقه (قال وألفاظ الشرط) عزب بألفاظ الشرط ولم يقل بحروف الشرط كما قال بعضهم لأن صامتها أسماء ، ولم يورد

وكل وكلمة ومثي ومثي ما) لأن الشرط مشتق من العلامة ، وهذه الألفاظ مما تليها أفعال فتكون علامات على الحنث ، ثم كلمة إن حرف للشرط لأنه ليس فيها معنى الوقت وما وراها ملحق بها ، وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لأن ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والأجزية تتعلق بالأفعال إلا أنه أُلحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم

وقيل يجوز بها إذا زيد بعدها ما ، والمشهور أنه إنما يجوز إذا في الشرع وكذا بلو ، قال « لو يشأ طار به ذو مية » (قوله لأن الشرط مشتق من العلامة) يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك ، قال تعالى - فقد جاء أشراطها - أى علاماتها ، وهذا لأن الاشتقاق لا يد في الاشتراك في المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط (قوله فتكون علامات) أى يكون وجود الأفعال علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء . فالحاصل أن معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء : أى تدل على ذلك بالذات ، وإلا فكل من هذه ولفظ لو أيضا كذلك في الجملة ، فإنه لما كان كذلك كان المفاد بها امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب ، نحو لو جاء زيد لأكرمته فيعرف أن ذلك الفعل إذا وجد استلزم وجود الجواب ، لأن اللازم يثبت عند المزموم ، وعلى هذا فجميع الأدوات تفيد الوجود لوجود إلا أن لما كانت أدخلت حيث وضعت لإفادة أن الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود ، ولو وضعت لإفادة امتناع المزموم ودلت على الوجود لوجود بالالتزام فخصت بحرف امتناع ، ولم يذكرها المصنف لأن مقصوده بتأنيده : أى التعليق على ما على خطر الوجود بأنها أفادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليقين ، ولعدم حصوله لم تذكر لما ، وإن كان لو قال لو دخلت الدار فأنت طالق تعلق الطلاق كما ذكره القزويني . ويروى عن أبي يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الأصلي ولا المشهور ، ولذا قال بعضهم لا يتعلق . وفي الحاشية في فروغنا : لو قال أنت طالق لو تزوجت طلق إذا تزوجها ، وقد ورد في قوله - وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية - الآية . فذهب بعض النحويين إلى تجويزه ، وأكثر المحققين أنها ليست إلا للتعليق في الماضي . وأجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم ، وكذا لعدم حصول معنى اليقين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذي أضيفت إليه .

[فروغ] قال أنت طالق لولا دخولك أولولا أبوك أو لولا مهرك لم يقع ، وكذا في الإخبار بأن قال طلقت

أحد حرفي الشرط وضما وهو لو . قال في النهاية : لأن كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا . وهذه الألفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى ، فإنها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزأين ، بخلاف كلمة لو ، وهذا لا مدخل له في علم الفقه . والصواب أن يقال : قد تقدم أن التعليق يمين تعتد به أو المنع ، وذلك إنما يكون في المستقبل ، ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فأن له متخل في ذلك . وقوله (لأن الشرط مشتق من العلامة) قال في الصباح : الشرط بالتحريك العلامة ، وأشراط الساعة علاماتها ، فعل هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة ، لأن المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير ، وهو أن تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ، وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم . وقوله (وهذه الألفاظ مما تليها الأفعال) يعني غير كلمة كل فإنه يذكر فيما

(قال المصنف : لأن الشرط مشتق من العلامة) أقول : يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك ، قال الله تعالى - قد جاء

الذى يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر : قال رضى الله تعالى عنه :

بالأمرس لولا كذا . واعلم أن موضع وجوب الفاء لا يتحقق التعليق إلا بها إلا أن يتقدم فيتعلم بدونها على خلاف في أنه حينئذ هو الجواب أو يضم الجواب بعده والمتقدم دليله . وأما الفقيه فنظرو من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب . فإذا قال إن دخلت الدار أنت طالق وقع للحال ، فإن نوى تعليقه دين ، وكذا إن نوى تقديمه . وعن أبي يوسف لا ينتج حلا لكلامه على الفائدة فتضم الفاء كما في قوله . من يفعل الحسنات الله يشكرها . ودفع بما إذا أجاب بالواو فإنه ينتج ويلغو الشرط مع أنه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين . وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية . قال في الدراية : ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح وتحمل الواو على الابتداء ، وفيه ضعف لأن واو الابتداء لا تستعمل إلا في أول كلام ومواضع الفاء جمعت مقاريد في بيت هو هذا :

طلبية واسمية ويجامد وبما ولن وبقد وبالتفيس

وأجبت ذكر بعض زيادة على ذلك وإيضاحه ليفهم فنظمها في ثلاثة أبيات وهي هذه :

تعلم جواب الشرط حتم قرانه ففاء إذا ما فعله طلبا أتى
كذا جامدا أو مقسما كان أو بقد ورب وسين أو بسوف ادر ياتى
أو اسمية أو كان متنى ما وإن ولن من يحده عما جددناه قد عنى

ولو أشر الشرط وأدخل الفاء في الشرط بأن قال أنت طالق فإن دخلت لارواية فيه فيمكن أن يقال ينتج لأن الفاء فاصلة ، ويمكن أن يقال يتعلق لأن الفاء حرف تعليق : وقياس المذكور في حذف الفاء في موضع وجوبها ، وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ إلا أن ينوى التعليق للاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق إذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت إلا بالنية ، والفاء وإن كان حرف تعليق لكن لا يوجب إلا في محله فلا أثر له هنا . ولو قال أنت طالق إن تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به ، وعند أبي يوسف لا لأن ذكره بيان لإرادته التعليق . ولو قال أنت طالق دخلت تنجز لعدم التعليق والعصة المعتبة كالشرط لأن ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي أترجها طالق ، أما في المعينة فلفظ على ما قلناه أول الباب . ولو قال أنت طالق أن دخلت يفتح الهززة وقع في الحال وهو قول الجمهور لأنها للتعليل ، ولا يشترط وجود العلة . وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي أنها بمعنى إذا استدلالا بقوله تعالى - يتنون عليك أن أسلموا - وبقوله تعالى - تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرجن ولدا - وقول محمد أولى إذ لأصل لعلها كذا ، وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما . ولو قال أنت طالق وإن دخلت الدار طلقت بكل حال لأن الواو في مثلها عاطفة على شرط هو تقيض المذكور على ما عرف في موضعه ، تقديره إن لم تدخل وإن دخلت ، وإن

يلها اسم ، وفي كلاًه نظر لأنه استدلال على الموضوعات اللغوية ، وليس ذلك طريق معرفتها وإنما طريق ذلك السماع ، وهذه الألفاظ سمعت مستعملة في وضع الشرط فلا حاجة إلى الاستدلال ، ولئن ضح الاستدلال فدليلة ههنا لا يفيد مطلوبة لأن مطلوبه أن هذه الألفاظ الشرط ودليله ، لأن الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذى قررناه ، وهذه الألفاظ مما يليها الأفعال ، وهذا أيضا مسلم لكن قوله فكون علامات على الخئ ليس

أشربها - أي علامتها (قوله فدليلة ههنا لا يفيد مطلوبه) أقول : فيه بحث ، فإن ما ذكره المصنف بيان وجه التسمية .

(ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليين) لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة ، فوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه (إلا في كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال) قال الله تعالى - كلما نصبت جلودهم - الآية ، ومن ضرورة التعميم التكرار . قال (فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء)

هذه هي الوصلية ، ويقع في الحال بقوله أنت طالق إذ دخلت وبقوله ادخل الدار ، وأنت طالق يتعلق بالدخول لأن الحال شرط مثل أد إلى ألفا وأنت طالق لا تنطلق حتى تؤدي (قوله في هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة ، فوجود الفعل مرة يتم الشرط) وإذا تم وقع الحث فلا يتصور الحث مرة أخرى إلا يمين أخرى أو بعموم تلك اليين وليس فليس . وقال بعضهم في متى لأنها تفيد التكرار كقوله :

متى تأته تشو إلى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

والحق أنها إنما تفيد عموم الأوقات بمعنى أن أي وقت تأتي تجد ذلك ، ففي متى خرجت فأنت طالق ، المقاد أن أي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق ، فإذا تحقق في وقت وقع ، ثم لا يقع بزواج آخر إلا لو أفادت التكرار ، وإن مع لفظ أبدا مؤدى لفظ متى بانفراده ، فإذا قال إن تزوجت فلانة أبدا فهي طالق فزواجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تنطلق ، كذا أجاب أبو نصر الدبوسي . ومن غرائب المسائل ما في الغاية : من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة أفراد به عمومه عرفا مرة بعد أخرى ، واستشهد له بقوله تعالى - ومن قتله منكم متعمدا - أفاد العموم ، ولما تكرر الجزاء على قاتل واحد ، وبما ذكر محمد في السير الكبير : إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه قتل واحد قتيلا فله سلبها . واستشكل بأن العموم في الأول لعموم الصيد اهمل باللام ، ثم رجع إليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فم لذلك لما ذكر . وعموم الثاني بدلالة الحال وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل . قبل الأولى الاستشهاد بقوله تعالى - وإذا رأيتم الذين يخوضون في آياتنا - الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد أفادت إذا التكرار لعموم الاسم الذي نسب إليه فعل الشرط . والأوجه أن العموم بالعلة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الأول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به ، وفي المحيط وجوامع الفقه : لو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة ، بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث تم بعموم الصفة ، واستشكل حيث لم يعم أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة (قوله إلا في كلما فإنه يتكرر) ومن لطيف مسائلها إذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقك فأنت طالق فطلقها طليقة يقع ثنتان . ولو قال كلما وقع طلاق عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث . والفرق أن الشرط في الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها ، وفي الأولى اقتضى تكرره بتكرر طلاقه . ولا يقال طلقها إذا طلقت بوجود الشرط فيقع طليقتان : أحدهما بحكم الإيقاع ، والأخرى بحكم التعليق (قوله ومن ضرورة التعميم التكرار) أورد في كل عموم ولا تكرار ، فإنه لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فزواجها فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك

بالزم للمقدمتين المذكورتين ، وهو ظاهر وكلامه واضح . وقوله (إلا في كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال) قال الله تعالى - كلما نصبت جلودهم - الآية ، ومن ضرورة التعميم للتكرار) فيه نظر من وجهين : أحدهما أنه

لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء العيين به وبالشرط ، وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى ، وسقفره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو دخلت على نفس الزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر) لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالزوج وذلك غير

لا تطلق ، وأما الوقوع على امرأة أخرى بتزوجها فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط . وأجيب بأن المراد تعميم الأفعال والتكرار من ضرورته لأنه كما يكون باعتبار القيام بأحد متعددة يكون بتجدد الأمثال من واحد (قوله ولو دخلت على نفس الزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحث بكل مرة) أبدا لأن الشرط ملك يوجد في المستقبل وهو غير محصور ، وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه . وعن أبي يوسف في الملتقى : إذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فزوج امرأة طلقت ، فإن تزوجها ثانيا لا تطلق إلا مرة واحدة . ولو قال ذلك لمعية كلما تزوجتك أو تزوجت فثلاثة تكرر دائما ، واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبته دابة لا يلزمه ذلك إلا مرة واحدة . والحاصل أن كلما عند أبي يوسف إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة . وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما إذا نسب فعلها إلى منكر . فإن قلت : بينهما فرق . فإن كلا يقتضى عموم الأسماء وعموم الأفعال يثبت ضرورة ، وكلما يقتضيه في الأفعال وعموم الأسماء يثبت ضرورة ، فإذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الأسماء ، وفي كلما إذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة سواء تعلقت بما تعلق به الأول أولا . قلنا : قد اعترفتم بثبوت عموم الأسماء ضرورة ولا حاجة بنا إلى النظر إلى سببه ، إذ المقصود أنه يثبت العموم في الأفعال والأسماء فصار الحاصل كل تزوج لكل امرأة ، وفي مثله تنقسم الأحاد على الأحاد ظاهرا على ما قرروا في ركب القوم ودوابهم - وجعلوا أصابعهم في آذانهم - فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحث في امرأة واحدة ، وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسائلتين . ويدفع بأن

عد كلمة كل من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته العيين ، فإن من قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فزوج امرأة طلقت ، ولو تزوج أخرى طلقت كذلك ، فكان الواجب أن يقول في الاستثناء إلا في كل وكلما . والثاني أنه قال ومن ضرورة للتعميم التكرار ، والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه ، حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء . والجواب عن الأول أن شرطية هذه الألفاظ إنما هي باعتبار ما يملكها من الأفعال لأن الخطأ إنما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت العيين ، ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق ، وعدم الانتهاء باعتبار عموم الأسماء لم ينشأ من منسل الشرط فلا يكون مناقضا . وعن الثاني أن المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الأفعال ، لأن الكلام فيه ، والتعميم في الأفعال إنما يكون بتجدد الأفعال وهو المراد بالتكرار ، فإذا قال كلما دخلت الدار فأنت طالق طلقت حتى ينتهي إلى الثلاث ، فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها ، وبقاء العيين ببقاء الشرط والجزاء فإذا انتفى الجزاء ينتفى الكل ، وفيه خلاف زفر وسيجيء (ولو دخلت على نفس الزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لما ذكرنا أن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالزوج) وهو غير

محصور . قال (وزوال الملك بعد العيّن لا يبطلها) لأنه لم يوجد الشرط فبقى والجزء باق لبقاء محله فبقى العيّن (ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت العيّن ووقع الطلاق) لأنه وجد الشرط وانحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى العيّن لما قلنا (وإن وجد في غير الملك انحلت العيّن) لوجود الشرط (ولم يقع شيء) لانعدام المحلّة (وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة) لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ، ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه (فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل أن

انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوى وهو متنفذ لأن دائرة عموم الأفعال أوسع لأن كثيرا من أفرادها ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومها بكلمة فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط ، والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب (قوله وزوال الملك بعد العيّن لا يبطلها) حتى لو طلقها فانقضت عتبتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلق ، وكذا إذا قال لعبدته إن دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق في الحال ، ولابد من تقييد عدم البطلان بما إذا زال الملك بما دون الثلاث ، أما إذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سياتى . ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت العيّن إلى آخر ما في الكتاب ، وهذا وكما يبطل التعليق بتنجز الثلاث خلافا لزفر كذلك يبطل بلحاظه بدار الحرب عند أبي حنيفة خلافا لهما ، حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما . وفائدة الخلاف فيما إذا جاء ثانيا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شيء عنده ويتقص عندهما (قوله وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج ، إلا أن تقيم المرأة البينة) لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق (وعلى هذا لو قال إن لم تدخلني اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له وإن كانت متمسكة بالأصل وهو عدم الدخول . ولو قال إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فقالت لم يجامعني وقال فعلت فالقول له مع أنها متمسكة بظاهرين عدم الجماع وحرمة في الحيض الداعية إلى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا ما في النكاح . لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قوله ، خلافا لزفر لهذا أيضا فهذا أصل كل ، بخلاف ما لو قال وهي في طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنّة ثم قال جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لها إن كانت طاهرة لأنه يريد إبطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف إليه ، أما الأول فلأن المضاف سبب في الحال ، وأما الثاني فلأن الوقت وقت طلاق السنة بالفرض (قوله فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها) عليه الأربعة رحمهم

محصور . قال (وزوال الملك بعد العيّن لا يبطلها) إذا قال لها أنت طالق إن دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل العيّن لما مر أن بقاء العيّن بالشرط والجزاء . والفرض أن الشرط لم يوجد فهو باق ، والجزاء أيضا باق لبقاء محل وهو المرأة فبقى العيّن كما كانت في محله وهي ذمة الخالف . فإن قيل : سلمنا أن محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود . فالجواب أن الكلام ليس في الوقوع وإنما هو في بقاءه يمينا والعيّن لا يحتاج إلى الملك ابتداء بدليل جواز أن تزوجك فأنت طالق ، ففي البقاء أولى إذ البقاء أصل من الابتداء . ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن يوجد الشرط في الملك كما إذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط أو في غيره كما إذا وجد قبل الزوج ، فإن كان الأول وقع الطلاق وانحلت العيّن . أما وقوع الطلاق فلأن الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به ، وأما انحلال العيّن فلأن اللفظ لا يدل على التكرار فيوجود الشرط مرة انتهت العيّن ، وإن كان الثاني انحلت العيّن لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلّة (وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح .

يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت ظلمت هي ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان ، والقياس أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق كما في الدخول . وجه الاستحسان أنها أمانة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضربها بل هي متهمة فلا يقبأ قولها في حقها .

الله تعالى . وعن أحد لا يقع وتختبرها النساء بإدخال قطنة في فرجها في زمان قالت ذلك . ودفع بأنها أمانة مأمورة بإظهار ما في رحمها بقوله تعالى - ولا يحل لمن أن يكتم ما خلق الله في أرحامهن - تحريم كتابها أمر بالإظهار . وفائدة الأمر بالإظهار ترتيب أحكام المظهر ، وهو فرع قبوله مع أن إدخال القطنة لا يوصل إلى علم ولا ظن لجواز أخذهم من الخارج تحملت به (قوله ولم تطلق فلانة) هذا إذا كذبها ، أما إذا صدقها طلقت فلانة أيضا ، وكذا في جميع نظائره (قوله كما قبل في حق العدة) أي انقضائها ، حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت عدتي انقطع حتى الرجعة ، أو قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحمله جاز له تزوجها إذا غلب على ظنه صدقها (والغشيان) أي حل الوطء وحرمتها ، فلو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل ، أو قالت للمطلق ثلاثا تزوجت بثان وغشيتي جلت له . لا يقال : إما أن تكون حاضبة أو لا . فعلى الأول يقع عليها ، وعلى الثاني لا يقع على واحدة منهما . لأننا نقول : المنظور إليه في حقها شرعا الإخبار به لأنها أمانة وفي حق ضربها حقيقته ، وشهادتها على ذلك شهادة فرد وإخبارها به لا يسرى في حقها مع التكذيب . ولا ينفذ في أن يقبل قول الإنسان في حق نفسه لا غيره ، كأحد الورثة إذا أقر بدين لرجل على البيت فيقتصر على نصيبه إلا أن يصدقه الباقون ، والمشتري إذا أقر بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع ، هذا وإنما يقبل قولها إذا أخبرت بالحيض وهو قائم ، أما بعد الانقطاع فلا لأنه ضروري فيشترط قيام الشرط ، بخلاف قوله إن حضت حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي يلي الحيضة لا قبله ولا بعده ، حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها ولا يقع لأنها أخبرت عن الشرط حال عدمه ، ولا يقع إلا إذا أخبرت في الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع ، وهذا لأنها جعلت أمانة شرعا فبما تخبر من الحيض والطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الأحكام لعدم الحاجة إذا كذبها الزوج . ولو قال لإمرأتيه إذا حضبتا فأنا طالقان فقالتا حضبتا لم تطلق واحدة منهما إلا أن يصدقهما ، فإن صدق أحدهما وكذب

(قوله ولم تطلق فلانة) ليس على ظاهره بل فيها إذا كذبها الزوج في قولها حضت ، وأما إذا صدقها فإنه يقع . وقوله (كما قبل في حق العدة والغشيان) أما قبولها في العدة فإن تقول قد انقضت أو لم تنقض . وأما في الغشيان فيحتمل معنيين : أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزواج آخر ودخل في الزوج الثاني . والثاني أن يقبل قولها في حق حل الجماع وحرمتها بقولها أنا طاهر أو حائض . وقوله (لكنها شاهدة في حق ضربها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها) وفيه بحث وهو أنها لا تخلو من الحيض وعدمه ، والمآل شيوع طلاقهما أو شيوع علمه ، لأنها إن كانت حاضبة فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا ، وإن لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما . فأما أن يوجد الحيض في حقها دون ضربها فذلك يستلزم كون الشيء موجودا ومعدوما في حالة واحدة وهو محال . وأجيب بأن الشرع أثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين : الأمانة والشهادة ، وربب على ذلك حكيم مختلفين بحسب اختلاف اقتضائهما ، وليس ذلك ببدع في الشرع فإنه رتب

وكذلك لو قال إن كنت تحمين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدى حرّ قتالت أحبه ، أو قال إن كنت تحمين فأنت طالق وهذه معك قتالت : أحبك طلقت هى ولم يعق العبد ولا تطلق صاحبها لما قلنا ، ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب ،

الأخرى طلقت المكذبة ، وإن كن ثلاثا فقال ذلك فقلن حضنا لم نطلق واحدة منهن إلا أن يصدقن ، وكذا إن صدق إحداهن فلإن صدقن ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات . ولو كن أربعاً والمسئلة بمأها لم يطلقن إلا أن يصدقن . وكذا إن صدق واحدة أو ثنتين ، وإن صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات . والأصل أن حيض الكل شرط الوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا ، وإن حاض بعضهن يكون ذلك بعد ما يثبت به الحكم فلا يثبت ، وإن قلن جميعا حضنا لا يثبت حيض كل واحدة إلا في حق نفسها إلا أن يصدقها فيثبت في حق الكل ، وإن صدق البعض وكذب البعض نظر ، فإن كانت المكذبة واحدة طلقت هى وحدها لتتمام الشرط في حقها لأن قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لأن المكذبة لا يقبل قولها في غيرها فلم يتم الشرط في الغير ، وإن كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لأن كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها إلا في حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا (قوله وكذلك إذا قال إن كنت تحمين أن يعذبك الله ، إلى قوله : لما بينا) يريد أنها أمانة في حق نفسها شاهدة في حق ضررتها . وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها ، فأما هنا فكذبها متيقن فكيف تحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط . أجاب بمنع تيقنه ، فإن الإنسان قد يباغ به ضيق الصبر وعدم الصبر وسوء الحال إلى درجة يحب الموت فيها فجاز أن تحملها شبهة بغضها مع غلبة الجهل وعدم التوق للعذاب في الحال على تمنى الخلاص منه بالعذاب . ولو قال إن كنت تحمين بقلبك فأنت طالق قتالت أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن المحبة بالقلب لذكروا وعدمه سواء فصار كسئلة الكتاب . وقال محمد : لا تطلق فيها بينه وبين الله تعالى إلا إن صدقت لأن الأصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه ، وتقينه بالأصل يبطل الخلقية . قلنا : بل عدم إمكان الوقوف على ما في قلبها أوجب النقل إلى الخلف مطلقا . فاستوى التقييد وعدمه . وفي الظهير يقا يدل على أن المحبة بالقلب لا تعتبر وإن أمكن الاطلاع عليها ، وهو قال لأمراه أنت طالق إن كنت أنا أحب كلما ثم قال لست أحبه كاذبا فهى انزلة فيها بينه وبين الله تعالى . واستشكل السرخسي هذا بأنه إن لم يعلم ما في قلبها فإنه يعلم ما في قلب نفسه ، لكن الطريق ما قلنا إذ القلب مقبّل لا يثبت على شيء ، فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر ، والأحكام إنما تناط بالأمور

على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمه لغيره ، وفيه نظر لأن الحل والحرمه لا يقتضى أحدهما الوجود والآخر العلم ، بخلاف ما نحن فيه . والجواب أن اقتضاء الوجود والعلم إنما هو بالنسبة إلى الحيض نفسه ، وليس الكلام فيه لأنه أمر خفى لا يطلع عليه ، وإنما الكلام في الأمر البدل عليه وهو قولها حضت ، وليس ثمة اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه . وقوله (وكذا لو قال إن كنت تحمين أن يعذبك الله بنار جهنم) ظاهر ، وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله أمانة في حق نفسها شاهدة في حق ضررتها . وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب مما يقال لإخبارها

(قوله والأخبر أنهم) أقول : من حل وجود الحل مثلا (قوله بخلاف ما نحن فيه) أقول : فإنه يقتضى علم الحيض مما وجد فيه في حق طلاق الصرة وحال التبدل .

وفي حقها إن تعلق الحكم بإخبارها وإن كانت كاذبة ، ففي حق غيرها بقي الحكم على الأصل وهي الحجة (وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق قرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام) لأن ما يقطع دونها لا يكون حيضا (فإذا تمت ثلاثة أيام حكما بالطلاق من حين حاضت) لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان حيضا من الابتداء (ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها) لأن الحيضة بالماء هي الكاملة منها ، ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكألفا باتهاها وذلك بالظاهر

الظاهرة لا الخفية ، كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ، ولا يخفى ما فيه بالنسبة إلى قلبه . واعلم أن التعليق بالحية إنما يفارق التعليق بالحيض في أنه يقتصر على المجلس لكونه تحييرا ، حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق ، وأنها لو كانت كاذبة تطلق فيها بينه وبين الله تعالى ، وفي الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات ، ولا تطلق فيها بينه وبين الله تعالى إلا أن تكون صادقة .

[فرع] في الجامع الأصغر قال الفقيه أبو جعفر : إذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قرطبان وسفلة فقال إن كنت كما قلت فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته . وقال الإسكافي فمن قالت يا قرطبان فقال زوجها إن كنت أنا قرطبان فأنت طالق تطلق ، وإن قال أردت الشرط يصلق فيها بينه وبين الله تعالى . ونحن بعضهم على أن تنوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط (قوله فكان حيضا من الابتداء) ويجب على المفتي أن يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم ، وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما إذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد أو جنى عليه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر ، فإنه إذا استمر ثلاثة أيام يصح النكاح ويعتبر في العبد جنابة الأحرار ، ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لأنها بعض حيضة لأنه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها (قوله ولو قال لها إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر) أي يحكم بطهرها عن هذا إفرق الحال بين إن حضت حيضة فأنت طالق وإن حضت حيث لا يكون الأول بدعيا لأنه إنما يقع في الطهر بخلاف الثاني ، ثم إنما يحكم بطهرها فيقع فيها دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينيا في نعمتها ، وأما بالعشرة فيمجرد الانقطاع (قوله لأن الحيضة بالماء هي الكاملة) عن هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لأنه اسم للكامل وهي لا تنجز أخلافا لفرق في قوله تطلق بحيض خمسة أيام للتحقق بالنصف : قلنا : هذا نصف أقصى مدته لا نصف الدرور ، ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض . وإذا قال لظاهر أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لأن البين يقتضى شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه ، وما مضى لم يدخل تحت البين والباقي تبع لما مضى فلا يتناول البين كما لا يتناول الماضي ، بخلاف

عن حبسها تعذيب الله إياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلا . ووجهه أنه لا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعداب فلم يكن كذبها مقطوعا به . وقوله (وفي حقها إن تعلق الحكم بإخبارها) ظاهر . وقوله (إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق) والفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ، ومن الفرق أنه لو قال إذا حضت فأنت طالق وهذا العبد حر . كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الأكساب له وكان الطلاق بدعيا . وقوله وإذا قال إذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لأنه لا يقع إلا بعد ما طهرت . وقوله (في حديث الاستبراء) يريد به ما قاله عليه الصلاة والسلام في سبايا أولماس « ولا الحيلالي حتى يستبرئ بحيضة » أراد به

(وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم) لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار، بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركته وشرطه (ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق) فالتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة ، وفي التزوة تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل (لأنها لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لأنه حال انقضاء العدة ، ولو ولدت الجارية أولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا أنه حال انقضاء العدة ، فإذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال ، والأولى أن يؤخذ بالتنتين تنزها واحتياطاً ، والعدة منقضية بيقين لما بينا

قوله أنت طالق قبل أن تحيض حيضة بشهر حيث تطلق إذا حاضت فلا ينتظر الطهر ، والمراد بجديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبأيا أو طواسه ألا لاتكح الحبايى حتى يضمن ، ولا الحبايى حتى يستبرأن بحيضة ، وستنكحكم عليه في موضعه إن شاء الله تعالى (قوله بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار ، إذ لم يقل إذا صمت يوماً أو شهراً فيمتلح بما يسمى صوماً في الشرع وقد وجد الصوم بركته وشرطه بإسك ساعة فيقع به وإن قطعتة بعده ، وكذا إذا صمت في يوم أو شهر لأنه لم يشترط كماله ، بخلاف ما إذا قدره بمعيار كذا صمت يوماً فإنه لا يقع إلا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه . ونظير إذا صمت يوماً إذا صمت صوماً لا يقع إلا بتمام يوم لأنه مقدر بمعيار ، وإذا صليت صلاة يقع بركعتين ، وفي إذا صليت يقع بركعة) قوله ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق فالتين فولدت غلاماً وجارية ولا يدرى أيهما الأول (لأنه لو علم وقع الملقق بالسابق ولا يقع باللاحق شيء لأن الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع ، وإن اختلفا فالقول للزوج لأنه منكر للزيادة ، وتقرير المسئلة واضح من الكتاب . وما من الشافعي من أنه يقع الثلاث لاحتال الخروج مما قيل لا ينبغي أن لا يعمل عليه لأنه مستحيل عادة ، غير أنه إن تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعد بالأقراء . ولو ولدت غلاماً وجاريتين ولا يدرى أولهن وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التزوة لأن الغلام إن كان أولاً أو ثانياً تطلق ثلاثاً واحدة به وثلثتين بالجارية الأولى لأن العدة لاتنقض ما بقى في البطن ولده ، وإن كان آخرها يقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية شيء لأن الميمن بالجارية انحلت بالأولى ، ولا يقع بالغلام شيء لأنه حال

كحال الحيض وهو إنما يكون بانتهائه بانقطاع الدم إذا كان أيامها عشرة أيام ، وبالاتقطاع والغسل أو ما يقوم مقامه إذا كانت أيامها دون العشرة . وقوله (وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوماً) ظاهر بما تقدم . وإذا قال إذا صمت صوماً فحكمه كذلك (بخلاف ما إذا قال إذا صمت) فإنها إذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب . قال (ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة) هذه المسئلة لا تجلو عن أوجه : إن علم أن الغلام ولدته أولاً طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شيء بعده ، وإن علم أن الجارية ولدت أولاً طلقت ثنتين ، وإن اختلفا فالقول للزوج لأنكاره الزيادة ، وإن لم يدر أيهما أول لزمه في القضاء واحدة لأنها ثابتة بيقين وفي الثانية شك ، وفي التزوة وهو التباعد عن السوء تطليقتان ، حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زوجاً غيره لاحتال أنها مطلقة ثلاثاً ، وترك وطء امرأة يحل له وطؤها خير من أن يطء امرأة محرمة عليه . وقوله (والعدة منقضية بيقين لما بينا) يريد قوله لأنها لو ولدت الغلام أولاً ألغى . وحاصله (١٧ - فتح كنهه حتى)

وإن قال لما إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عندها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الأولى وقال زفر رحمه الله : لا يقع ، وهذه على وجوه : أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر ، أو وجد في غير الملك فلا يقع ، أو وجد الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لأن الجزاء لا يزيل في غير الملك فلا يقع (أو وجد الأول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية . له اعتبار الأول بالثاني إذا هما في حكم الطلاق كشيء واحد . ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم ، إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود

انقضاء العدة فتدرد بين ثلاث وثلثين فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزها . ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث ، لأنه إذا كان الغلامان أولا وقعت واحدة بأولهما ، ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الأخيرة لانقضاء العدة ، وإن كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها واحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتدرد بين ثلاث وواحدة . ولو قال إن كان حملك غلاما فطالقي واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطالقي لأن حملك اسم جنس مضاف فيعم كله ، فلم يكن الكل جارية أو غلاما لا يقع كما في قوله إن كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله إن كان ما في هذا العبد حنطة فهي طالقي أو دقيقا فطالقي فإذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق . ولو قال إن كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث . وفي الجامع : لو قال إن ولدت ولدا فأنت طالقي ، فإن كان الذي تلديه غلاما فطالقي ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لأن المطلق موجود في المقيد وهو قول مالك والشافعي (قوله وإن قال لما إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف) حاصل مبنى الخلاف أنه إذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو إن دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا . وقال زفر رحمه الله : عند كل منهما ، وقياسه فيما إذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل إن جاء زيد وعمرو فأنت طالقي فإن الشرط محييهما فلا يقع طلاق إلا أن يسمى كل منهما ، وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسألة إذا حضنتا فأنتا طالقتان ، وجعله في شرح الكنز مسألة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذلك لأن تعدده بتعدد فعل الشرط ولا بتعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ، ولا يستلزم تعدده تعدده ، فلنأخذ لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط ، وغايته تعدد بالقوة . وجه قول زفر اعتبار الأولى من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده إذا هما في حكم هذا الطلاق كالأشياء الواحدة لتوقعه على كل منهما (ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم) وإنما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الأهلية : قيام الملك في الحال ، وكون الشرط للملك ليصير الجزاء

أن انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل . وقوله (إن كلمت أبا عمرو) على ما ذكره في الكتاب واضح سوى ألفاظ لذكرها . وقوله (في حق الطلاق كشيء واحد) يعني من حيث أن الطلاق لا يقع إلا بهما ، فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ، ولو كان شرطا واحدا لما وقع بكون الملك فكللك هذا (ولنا أن صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الذي هو العيين (بأهلية المتكلم) وهي قائمة به فتكون صحته قائمة به بأن يكون عمله ذمته ولا يحتاج إلى ملك ، لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال ، فإن الملك إذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط ، وأما إذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون نجحاً حاملا

(قوله ولنا أن صحة الكلام : أي صحة هذا الكلام ، إلى قوله : ولا يحتاج إلى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق الخ) أقول : تفريع المصنف

لاستصحاب الحال فتصح العين وعند تمام الشرط لينزل الجزء لأنه لا ينزل إلا في الملك . وفيما بين ذلك

في الأول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا إلى ظهور الاستصحاب ومتيقنه في الثاني ، فيتحقق بذلك معنى العين وهو الإخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل ، فإذا تمت لاحتاج في بقائها إلى ذلك لأن بقاها بعد تحقق حقيقتها بقيام الزمة ، وإنما يحتاج إليه لوقوع الحنث والحنث لا يثبت إلا عند الأخير فلا يشترط الملك إلا عنده ، وهذا ما وعده المصنف في أوائل الباب . وأما الشرطان فتحققهما حقيقة بتكرار أدائهما وهو على وجهين بواو وبغيره ، أما الثاني فكقوله إن أكلت إن لبست فأنت طالق لاتطلق مالم تلبس ثم تأكل فتقدم المؤخر وهذا الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط . وصورته في الجامع ، قال : كل امرأة أتزوجها إن كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها طالق واستغنى عن اللقاء بتقديم الجزء ، فالكلام شرط الانقضاء والزواج شرط الانحلال ، وأصله قوله تعالى - ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم - المعنى : إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم ، وقوله تعالى - وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها - فالجواب أحللتها لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبي إن أراد النبي ، فالمعنى : إن أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللتها . قيل ويحتمل تأخر إرادته لأنها كالتقبول ، فالمعنى : إن وهبت مؤمنة نفسها للنبي فإن أراد النبي : أي قبل أحللتها . ووجه المسئلة أنه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزء لعدم العطف وإن روى عن محمد في غير رواية الأصول أنه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط في موضعه وهو رأى إمام الحرمين من الشافعية ، لأن الأصل عدم التقدير إلا بدليل ، والكلام في موجب اللفظ ولا الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزء الأول للأول لعدم القاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخفى من إضمار الحرف لأنه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شيء آخر فكان قوله إن أكلت مقدما من تأخير لأنه في حيز الجواب المتأخر ، والتقدير إن لبست فإن أكلت فأنت طالق ، وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التنجيز في مثل إن دخلت الدار أنت طالق . وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف من لزوم إضمار القاء يجب أن لا يعكس الترتيب . وفي التجريد : لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الأول ، فإن طلقها بعد النكاح بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا وهي في العدة طلقت انتهى . وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده ، وعلى هذا إذا قال إن أعطيتك إن وعدتكم إن سألتني فأنت طالق لاتطلق حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية والوعد وفي الوعد السؤال ، فكانه قال : إن سألتني إن وعدتكم إن أعطيتكم ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى ، ومن المناهضة من قيد ذلك بما إذا كان الشرط بهذا ، فإن كان بآن تطلق لوجودهما كيف كان لأن العروفة في ذلك إذ لا إلا إن ، وأما الأول فلذا قال أنت طالق إذا قدم فلان وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة إن أو متى فأيهما قدم أولا يقع الطلاق

أو مانعا ، وحالة تمام الشرط لنزول الجزء لكونه لا ينزل إلا في الملك ، وفيما بين ذلك مستغنى عنه ، فلا يشترط وجود الملك لأن العين يقوم بمحل وهو الزمة ، كما إذا علق طلاقها بالشرط فأبانتها وانقضت عنها ثم تزوجها فأنت بالشرط فإنها تطلق بالاتفاق ، ولم تبطل العين بزوال الملك فكان كالنكاح إذا انتقص في خلال الحول فلمنه لا يفسر .

صحة العين على اشتراط الملك عند التصليق لا يطابق لما ذكره الشارح فليتأمل (قوله وحالة تمام الشرط) أقول : معلوف على قوله حالة التصليق

الحال حال بقاء العيين فيستغنى عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو النمة (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عات إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . وقال محمد رحمه الله تعالى عليه : هي طالقة ما بقي من الطلاق) وهو قول زفر رحمه الله تعالى عليه . وأصله أن الزوج الثاني يهدم مادون الثلاث فتعود إليه بالثلاث . وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم مادون الثلاث فتعود إليه ما بقي ،

ولا ينتظر قدوم الآخر لأن قوله أنت طالق إذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء ، والشرط الثاني لاجزاء له ، فإذا عطف على شرط يتعلق به جزاؤه : أى تعلق جزاؤه بعينه به كأنه قال وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطبيقية ، فلما لو قدما معاً لم يقع إلا طلاق واحد ، وكذا إذا دخل الجزاء بين الشرطين فقال إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان أيهما سبق وقع ، ثم لا يقع عند الشرط الثاني شيء إلا أن ينوى أن يقع عند كل واحد تطبيقية فتقع أخرى عند الثاني ، وإن أخر الجزاء فقال إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدم لأنه عطف شرطاً معصاً على شرط لاحق له ، ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصاراً شرطاً واحداً فلا يقع إلا بوجودهما ، لأنه لو وقع بأولهما صار عطفاً على العيين كالأول لاعلى الشرط فقط ، فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما صح نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين ، وفيه تغليب على نفسه ، فأما إذا عطف بلا أداة شرط كان المجموع شرطاً واحداً كما في مسألة الكتاب ، إلا أن ينوى وقوع الطلاق بأحدهما لأنه نوى إضماراً كلمة الشرط ، كما في شرح الزيادات .

[تنبيه] يشترط في صحة الشرط الاتصال كالاستثناء ، وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاضل يبطل التعليق . وفي الجامع : لو قال إن دخلت إن دخلت فأنت طالق يتعلق استحساناً . وقال الكرخي : ينبغي أن لا يتعلق على قوله لأن الثاني لغو كقوله حر وحر إن شاء الله تعالى على قوله . والجواب أنه تأكيد ، بخلاف وحر لأن التأكيد بلفظه لا يكون بالموافق ، وإنما يشاكله حر وحر إن شاء الله ولا يعتق فيه . وأجمعوا أن السكوت والعطف لا يمنعان العطف مادام في المجلس ، كما في النخبة لأن العطف غير مغير بل مقرر ، بخلاف الشرط والاستثناء ، ، وإذا تعقب الشرط أجزئية ليست أيماناً تامة ذكرناه من قريب قيد الكل . وإذا قال أنت طالق وعنده حر إن كلمت فلاناً يتعلق كل منهما به ، وعن هذا إذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثاً وأربعاً إن دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث (قوله وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا وطلقها ثنتين الخ) فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث . أما عند محمد فلأن الباقي واحدة بها يكمل الثلاث . وأما عندها فالثلاث المعلقة بواسطة ملكة ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية ، وإنما تظهر فيها إذا علق طلاقاً واحدة ثم تجزئ ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط ، فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة غليظة ، وعندها لا إذ يملك بعد

وقوله (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا) مسألة الهدم وهي معروفة . وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب ، فإنها إذا تزوجت بزواج آخر وعادت إلى الزوج الأول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق . أما عند محمد فلمعند الهدم . وأما عندهما وإن وجد الهدم قبل الدخول في الدار يقع الثلاث لأن الثلاث معلقة بدخول الدار ، وإنما تظهر فيها إذا علق الطلاق الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقين وتزوجت بزواج آخر ثم عادت إلى

وسنئين. بعد إن شاء الله تعالى (وإن قال لما إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لما أنت طالق ثلاثا فزوّجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: يقع الثلاث لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ، وقد بقي حتى وقوعها فبقي الميّن. ولنا أن الجزاء طلاقات هذا الملك لأنها هي المانعة لأن الظاهر عدم ما يحدث والميّن تعقد للمنع أو الحمل، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى الميّن، بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله

الوقوع ثنتين (قوله وسنئين بعد) ونحن نبينه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولنا أن الجزاء طلاقات هذا الملك) لما قدمنا أن معنى الميّن إنما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقيق الإخافة، والظاهر عند استيفاء الطلاقات الثلاث عدم العود لأنه موقوف على الزوج بغيره، والظاهر عند الزوج به عدم فراقها وعودها إلى الأول لأنه عقد يعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق الميّن باعتباره تنقيح الإطلاق به بدلالة حال التكمّل: أعني إرادة الميّن. وأيضا، بوقوع الثلاث خرجت عن المحلية له، وإنما تحدث محليتها بعد الثاني فصارت كالمتردة تحدث محليتها بالإسلام، وبطلان المحلية للجزاء يبطل الميّن كقوت عمل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فجعلت

الأول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم، وعندهما لا تتحققه (وإن قال لما إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لما أنت طالق ثلاثا فزوّجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء. وقال زفر: يقع الثلاث لأن الجزاء مطلق لإطلاق اللفظ) إذ لم يقيّد طلاقات في ملك دون ملك فلا تنقيح (قوله وقد بقي احتمال وقوعها) أي بنكاحها ثانيا بعد تزوّجها بزوج آخر (فتبقى الميّن) فإذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا أن الجزاء طلاقات هذا الملك) بدلالة الحال، وإنما قلنا إن الجزاء طلاقات هذا الملك لأنها هي المانعة، إذ الظاهر عدم ما يحدث، وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط أو حاملا عليه فهو الجزاء لأن الميّن للمنع أو الحمل وهما عقدت للمنع فيكون الجزاء طلاقات هذا الملك، وإذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات الميّن لما تقدم أن بقاء الميّن بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل يبقى بانتفاء جزئه. واعترض بأن انعقاد الميّن لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال إن حضنت فأنت طالق لأنه لا يتصور فيه لامنع ولا حمل لكون الحيض عارضا سائوا. وأجيب بأن الاعتبار للغالب الشائع دون النادر، وفيه نظر لأن السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادرا، وإنما هو آت في الوجدانيات كالجمبة والكراهة والجوع وغيرها. والصواب أن يقال: الشرط في مثل ذلك هو إيجابها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور. وقوله (بخلاف ما إذا أبانها) يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث أي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية، بخلاف ما إذا أبانها بطلقة أو طلقين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلاقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهي مسألة الأقدم، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا قال لعبد إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبقى محلا للميّن، وبينها وبين مسألة الظهار فإن هذه المرأة لو كان قال لما زوّجها إن دخلت الدار فأنت على سخطه. أي فطلقها ثلاثا ثم عادت إليه بعد زوج آخر كان مظاهرها فإن دخلت الدار. وأجيب عن الأول بأن العبد بصفة الرق كان محلا للمتنع والبيع لم تمت تلك الصفة، حتى لو فاته بالتعتق لم تبقى الميّن، وعن الثاني بأن

(قوله وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط الخ) أقول: فيه سوء ترتيب (قوله وفيه نظر) أقول: وفي نظره نظر، فإن عدم الإحصار فيها لا يخرجها عما لها من خير الفلانة أيضا إذ لا يخلط بأما لها في الأظفار فليتلأ.

(ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى. اختانان طلقت ثلاثا ، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر ، وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر) وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة (وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد) وجه الظاهر أن الجماع إدخال القرج في القرج ولا دوام للإدخال ، بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ، ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللباث عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله

حاما أو بستانا لا يقع العين فهذا كذلك ، بخلاف قوله لعبدته إن دخلت فأنت حرّ ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لأن عليته بالرقي ولم تزل بالبيع ، وبخلاف ما إذا طلقها ثنتين والمستقلة بثلاثا ثم تزوجت بغيره ثم عادت إليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق ، خلافا لغيره حيث يقع الواحدة الباقية لأنه وإن كان استغاد حلا جديدا بملك جديد يملك به الثلاث لأن عدم بقاء العين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها إليه . وأورد بعض أفاضل أصحابنا أنه يجب أن لا يقع إلا واحدة فتقول زفر لقولهم المعلق طلقات هذا الملك ، والقرص أن الباقي من هذا الملك ليس إلا واحدة فكان كما لو طلق امرأتين ثنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فإنما تقع واحدة لأنه لم يبق في ملكه سواها . والجواب أن هذه مشروطة. والمضى أن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث ما دام ملكه لها ، فإذا زال بغير المعلق ثلاثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقاءها محلا للطلاق ، فإذا نجز ثنتين زال ملك الثلاث فبقي المعلق ثلاثا مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها ، وهذا ثابت في تنجيذه الثنتين فيقع والله أعلم . وبخلاف ما لو قال إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لأن الظاهر تحريم الفعل لا الحلل الأصلي ، إلا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاءه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح ، أما الطلاق فنحريم الحبل ، وقد فات بتنجز الطلقات (قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى اختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرج في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر : أي العقر بهذا اللبث ، بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك) فأنت حرة عصقت بالتقاء الختانين فإذا مكث بعده لا يجب عليه عقرها . وعن أبي يوسف أنه أوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر (وجه الظاهر أن الجماع الإدخال وليس له دوام) حتى يكون للدوام حكم ابتداءه . بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال إلا أن الحد لم يجب لشبهة الاتحاد : أي فيه شبهة أنه جماع

محلية الظاهر لا تنعدم بالتطبيقات الثلاث لأن الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق ، فإن تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني إلا أنها إن دخلت الدار بعد التطبيقات الثلاث إنما لا يصير مظاهرا لأن الظاهر تشبيه المحللة بالحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وإنما يوجد بعد الزوج بها ، فإذا دخلت الدار حيث قلنا ثبت الظاهر (قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا) ظاهر . وقوله (في الفصل الأول) يعني إذا لم يخرج . وقوله (وجود الجماع بالدوام عليه) معناه أنه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي . وقوله (ولا دوام للإدخال) معناه أن للدوام حكم الابتداء فيها له دوام ، والجماع هو الإدخال ولا دوام له . وقوله (وجب العقر) قال في ديوان الأديب : العقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل ،

لوجود المساس . ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالإجماع لوجود الجماع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

(فصل في الاستثناء)

واحد ، وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له ، وذلك بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد . وإذا امتنع الحد وجب المهر لأن التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر أو مهر جابر ، ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسئلة رجعيا يصير مراجعا باللياث عند أبي حنيفة خلافاً لحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس . ولحمد أن الدوام ليس بتعرض للبضع على ماهر فلم يوجب سبب مستأنف للرجعة ، بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فإنه يصير مراجعا بالإجماع . وعن محمد : لو أن رجلاً زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة ، فإن لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الحلوة بعد العقد وقد تقدم .

(فصل في الاستثناء)

وهو بيان بئلا أو إحدى آخراتها أن ما بعدها لم يرد بحكم العسر ، وهذا يشمل المتصل والمنقطع حداً اسمياً لمفهوم لفظ استثناء اصطلاحاً على أنه متواطئ ، وعلى أنه حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم مجازاً ليه لبعض غيره ، يراد الكائن بعض الجنس في المتصل ويقيده بغيره في المنقطع . والأوجه كون الخلاف في أن إلا حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم فقط ، وفيه من غير الجنس أيضاً بالتواطؤ والاشتراك اللفظي فإنه أفيد ، بخلاف معنى لفظ استثناء فإنه لا طائل تحته بل لا حاجة إليه ، وألحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من إثبات موجب ، إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض ، وقدم مسألة إن شاء الله لمشابتها الشرط في منع الكل ، وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على مهية لأنه منع لا إلى غاية ، والشرط منع إلى غاية تحقيقه كما يفيد : أكرم بني تميم إن دخلوا ، ولما لم يورده في بحث التعليقات ، ولفظ الاستثناء اسم توقيفي ، قال تعالى - ولا يستثنون -

وبه فسر الإمام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير . وقوله (لوجود المساس) إشارة إلى أن هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبي يوسف ، وأما دوام المساس فهو موجود بالإجماع ، وعن هذا قيل ينبغي أن يصير مراجعاً في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة .

(فصل في الاستثناء)

الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد التثنية ، وألفقه بفصل التعليق لتأخيهما في كونهما بيان النفي . ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لأنه يمنع بعضه قبله على الاستثناء ، ولما كانت مسألة إن شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام ، أو باعتبار أن الله تعالى سمى ذلك استثناء قال - ولا يستثنون - واحتفظوا في أن قوله إن شاء الله بعد

(فصل في الاستثناء)

(قوله أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام) أقول : هنا لا إلى غاية ، بخلاف الشرط فإنه يمنع إلى غاية .

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق)

أى لم يقولوا إن شاء الله وللشاركة في الاسم أيضا اتجه ذكره في فصل الاستثناء ، وإنما يثبت حكمه في صبيغ الإخبار وإن كان إنشاء إيجاب لا في الأمر والنهى . لو قال أعقوا عبيدى بعد موتى إن شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهن عتقه . ولو قال بع عبيدى هذا إن شاء الله كان للمأمور بيعه . قيل لأن الإيجاب يقع ملزما فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء ، وذكره ليس إلا ذلك ، والأمر لا يقع ملزما لقدرته على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء ليوجب اعتبار محصنه . وعن الحلواني : كل ما يختص باللسان يطله الاستثناء كالطلاق والبيع ، بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غدا إن شاء الله له أداؤه بتلك النية ، وهل الشرط في صحته تصحيح حروفه وإن لم يسمعه أو أن يسمعه؟ يجرى فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلاة (قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله الخ) وكذا إذا قال إن لم يشأ الله أو ماشاء الله أو فيها شاء الله أو إلا أن يشاء الله أو إن شاء الجن أو الحائض وكل من لم يوقف له على مشيئة لم يقع إذا كان متصلا فلا يفترق إلى النية ، حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع . وحكى عندنا فيه خلاف قال خليف يقع ، وقال أسد لا يقع ، وهو الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا ، وقال : رأيت أبو يوسف في النوم فسأته فقال لا يقع ، قلت لم ؟ قال : أرأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع ؟ قلت لا ، قال كلا هذا ، وكذا إذا لم يدر ما هو إن شاء الله لما ذكرنا ، وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكت ولا تدرى أن السكوت رضا يمضى به العقد عليها ، وفي خارج المذهب خلاف في النية . قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام ، وقيل قبل فراغه ، وقيل ولو بعد فراغه ، وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به . واعلم أن ماشاء الله يجوز كون مافيه موصولا اسميا فقتضاء أن تطلق واحدة رجعية لأن الغيب هو ماشاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ، ولا شك في أنت طالق المذكور فصار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ، ويحتمل كونها حرفيا : أى مدة مشيئة الله فلا تطلق ، فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لا يخلو عن نظر ، وإنما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الأظهر كونها المصدرية الظرفية ليرجع تعليقه بالمشيئة ، لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولا اسميا ، ثم لا يقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بتساوى استعمالها ، وأخبر أنه أراد الظرف ، أما إذا لم يكن نية فينبغي أن يقع وعلمت أنه لا يحتاج إلى نية ، أما لو قال إن شاء زيد فهو تمليك منه معتبر فيه مجلس علمه ، فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الأمر من يده ، وكذا إلا أن يشاء زيد أو يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو إلا أن يبدو له غير ذلك تعيد بمجلس العلم ، ويعتبر في ذلك كله إخبار فلان بلسانه لاشيئته ورضاه بقلبه لأن المشيئة وأخواتها أمر باطن ، وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه ، كذا في شرح الجامع ، وكذا إذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال طالق بمشيئة الله تعالى وإرادته ومحبه ورضاه لا يقع لأنه معنى التعليق ، إذ الباء للإلصاق ، والكائن في التعليق للصاق الجزاء بالشرط وإن أضاف الأربعة وما بعدها بالباء إلى العبد كان تمليكا ، وإن قال بأمره أو يحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع في الحال سواء أضافه إليه تعالى أو إلى العبد لأنه يراد به في مثله التنجيز عرفا ، وإن قال بحرف اللام يقع في الوجوه

ذكر الجمل للإبطال أو للتعليق ، فذهب أبو يوسف إلى الأول ومحمد إلى الثانى ، وإلى هذا أشار المصنف في باب الاستثناء من إقرار هذا الكتاب فقال : لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال أو تعليق ، وسند كثر ثمة هذا الاختلاف هنالك إن شاء الله تعالى . (وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلا لم يقع الطلاق)

لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه » .

كلها ، سواء أضافه إلى الله تعالى أو إلى العبد لأنه تحليل للإيقاع كقوله طالق لدخولك النار ، وإن قال بحرف « في » إن أضافه إليه تعالى لا يقع في الوجه كلها إلا في قوله طالق في علم الله تعالى فإنه يقع في الحال لأن في بمعنى الشرط فيكون تعليقاً بما لا يوقف عليه فلا يقع إلا في العلم لأنه يذكر للمعلوم وهو واقع ، ولأنه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقاً بأمر موجود فيكون تنجيذاً ، ولا يلزم القدرة لأن المراد منها هنا التقدير ، وقد يقدر شيئاً وقد لا يقدره ، حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كلها في الكافي . والأوجه أن يراد العلم على مفهومه ، وإذا كان في علمه تعالى أنها طالق فهو فرع تحقق طلاقاً ، وكلنا نقول القدرة على مفهومها ولا يقع ، لأن معنى أنت طالق في قدرة الله تعالى : أي في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه . يقال الفاسد الحال في قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه في الحال . وفيه أيضاً : وإن أضاف إلى العبد بنى كان تمليكا في الأربع الأول وما معناها من الهوى والرؤية تعليقاً في الستة الأواخر ، ولا يخفى أن ما ذكره في التنجيز بقوله في علم الله يأتي في قوله في إرادته ومحبه ورضاه فيلزم التوقيع ، بخلاف توجيها . ولو قال طالق واحدة إن شاء الله وفتين إن لم يشأ الله لم يقع شيء لأن الأول لحقه الاستثناء فبطل ، والثاني باطل لأنه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه إبطاله ، ولو قال طالق واحدة اليوم إن شاء الله وإن لم يشأ فتين ففسي اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان ، لأنه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فثبت أنه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لأن شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى عز وجل ، والمستلтан المذكورتان في التوازل . وقال في المتن : لو قال طالق اليوم ثنتين إن شاء الله وإن لم يشأ في اليوم فطلاق ثلاثا ففسي اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا ووجهه ما بيناه . وقال : لو لم يقيد باليوم في اليقين فهو إلى الموت ، فلأن لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثا بلا فصل ، وقد ظن أنه مخالف مسألة التوازل . والجواب أن مسألة المتن تعليق الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التلطيقتين وقد وجد المعلق عليه قبل الموت ، إذ لو شاء الله تعالى التلطيقتين لأوقعهما الزوج . وفي مسألة التوازل تعليق التلطيقتين بعدم مشيئة الله إياهما فلا يقعا أبداً (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف بطلاق » الخ) غريب بهذا اللفظ ، ومعناه مروى . أخرج أصحاب السنن الأربعة من حديث أبيوب السخيتي عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى » لفظ السائق ، ولفظ الترمذي « فلا حنث عليه » وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي : حديث حسن غريب . وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفا ، وعن سالم عن ابن عمر موقوفا ، ولا نعلم أحداً رفعه غير أبيوب السخيتي . وقال إسماعيل بن إبراهيم : كان أبيوب أحياناً يرفعه وأحياناً لا يرفعه ١٠١ . وهذا كله غير قاضح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع . واعلم أن مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ إن شاء الله . والاستدلال بالحديث المورء في اليقين لا يعم في مجرد أنت طالق إن شاء الله ، وسنبين إن شاء الله ذلك في كتاب الأيمان . وأما ما أخرجه ابن عدى في الكامل عن إسحاق بن أبي يحيى الكعي عن عبد العزيز أبي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى أو لعتامه أنت حر إن شاء الله تعالى أو على المشي إلى بيت الله إن شاء الله فلا شيء عليه »

لقوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه » ،

ولأنه أتى بصورة الشرط فيكون تطبيقاً من هذا الوجه وإنه إعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون إعداماً من الأصل ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول)

وهو معلول بإسقاط ، هذا نقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما . وأخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثناءه ضعه عبد الحق بن حميد ، وتعدد طرق الضعيف عندنا وإن كان يخرج إلى الحسن إذا لم يكن ضعه بالوضع ، لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي (قوله ولأنه أتى بصورة الشرط) أي بحرفه دون حقيقته لأن مشيئة الله تعالى إما ثابتة قطعاً أو متنبية قطعاً فلا تردد في حكمها ، وما يكون كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقاً من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (وأنه إعدام) أي التعليق إعدام العلية قبل وجود الشرط (قوله والشرط لا يعلم ههنا فيكون إعداماً من الأصل) يشير إلى أن التعليق بالمشيئة إبطال ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى - حتى يبلغ الحمل في سم الحياض - وقال :

إذا شاب الغراب أثبت أهلي وعاد القار كالابن الحليب

وعند أبي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى ، وقد نقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على عكسه . وثمرة تظهر فيها إذا قدم الشرط فقال إن شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الإبطال . وفي شرح المجمع للمصنف عكس هذا ، وهو غلط فاجنبه ، بخلاف قوله إن شاء الله فأنت طالق ، وفيها إذا جمع بين يمينين فقال أنت طالق إن دخلت الدار وعبدى حر إن كلمت زيداً إن شاء الله ، فعل التعليق يعود إلى الجملة الثانية ، فلو كلمت زيداً لا يقع ، ولو دخلت الدار يقع ، وعلى الإبطال إلى الكل لعدم الأولوية بالإبطال ، فلو كلمت زيداً أو دخلت الدار لا يقع ، ولو أدخله في الإيقاعين فقال أنت طالق وعبدى حر إن شاء الله ينصرف إلى الكل فلا تطلق ولا يتحقق بالإجماع ، أما عندهما فلما قلنا من عدم الأولوية بالإبطال . وأما عند أبي يوسف فلا لأنه كالشرط والشرط إذا دخل على إيقاعين يتعلقان به ، وفيها إذا حلف لا يخلف بالطلاق وقاله حث على التعليق لا الإبطال . وفي فتاوى قاضيهان : الفتوى على قول أبي يوسف إلا أنه عزى إليه الإبطال فتحصل أن الفتوى على أنه إبطال (قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول) أي إذا

(ولأنه أتى بصورة الشرط) أي بحرف الشرط صريحاً دون حقيقته ، لأن حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطره وتروده ومشية الله ليست كذلك لثبوتها قطعاً أو انتفاءها كذلك ، وما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقاً من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (والتعليق إعدام) أي إعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلاً (فيكون إعداماً من الأصل) فكان إبطالاً للكلام (ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط) لكونه بياناً لتغيير شرطه الاتصال (ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول).

(قوله ومشية الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعاً) أقول : فيه تأمل إلا أن يكون الكلام مبني على أزلية تعلقات صفات الله تعالى على ما هو عليه قدم أهل السنة (قوله وما هو كذلك) أقول : أي التي أتى فيه بحرف الشرط (قال المصنف : فيكون إعداماً من الأصل) أقول : قال ابن الحام يشير إلى أن التعليق بالمشيئة إبطال ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أول أنه . وفيه بحث ، فإن أبا يوسف اشتمل بهذا أيضاً على ملحقه كما سيأتي في كتاب الإقرار .

سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بجشأه أو تنفس وإن كان له منه بد ، بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللغرض تطلق ثلاثا في قوله أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله ، عند أبي حنيفة خلافا لهما ، لأن التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة إن شاء الله وهو يقول قوله وثلاثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثا ، وعلى هذا الخلاف عبده حرّ وحرّ إن شاء الله . ولو قال حرّ حرّ بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التأكيد . وقياسه إذا كرر ثلاثا بلا واو أن يكون مثله . ولو قال عبده حرّ وعتيق إن شاء الله صح فلا يعتق ، بخلاف حرّ وحرّ لأن العطف التفسيري إنما يكون بغير لفظ الأول فلا يصح ، وحرّ لقوله حرّ تفسيراً فكان فاصلا بخلاف حرّ وعتيق ، ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة . وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق أربعة إن شاء الله . ولو قال طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله صح الاستثناء اتفاقاً لأنه ليس لغوا لأنه ثبت به تكميل الأول . ولو قال ثلاثا برأى أو البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لأنه مع الثلاث لغو . وعن محمد يصح هذا ويرأى خلاف في الفصل بالذكر القليل ، فإنه ذكر في النوازل : لو قال والله لا أكلم فلانا استغفر الله إن شاء الله هو مستثنى ديانته لا قضاء . وفي الفتاوى : لو أراد أن يخلع رجلا ويخاف أن يستثنى في السرّ يحلفه وبأمره أن يذكر عقيب اليقين موصولا سبحانه الله أو غيره من الكلام . والأوجه أن لا يصح الاستثناء بالفصل بالذكر ، ولو كان بلسانه قتل وطال تردده ثم قال إن شاء الله أو أراد أن يقول فسدّ إنسان فاه ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلا برفعه صح . وعن هشام : سألت محمداً عن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وهو يريد أن يستثنى فأمسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة : يعني إذا لم يستثن بعد التحلية ، ولا يكفي بذلك الفصل ، واشتراط الاتصال قول جاهير العلماء منهم الأربعة . وعن ابن عباس جوازها إلى سنة . وعنه أبداً . وقال سعيد بن جبير إن أربعة أشهر : وعن الحسن البصري تنقيد بالجلس وهو قول الأوزاعي استدلالاً بحديث سليمان عليه السلام « لأطوفن الليلة على سبعين امرأة كل تلد غلاما فقال له صاحبه : يعني الملك ، قل إن شاء الله ، فتسبي إلى آخره ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو قالها لقاتلوا جميعا » . قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراقه ، وقوله صلى الله عليه وسلم « لو قالها » : يعني متصلا . واستدل المطلقون بظواهر : منها أنه صلى الله عليه وسلم قال في مكة « لا يخلئ خلاها » الحديث ، فقال له العباس رضي الله عنه : « إلا الإخضر » فسكت ثم قال : « إلا الإخضر » ومنها أنه قال في أمرى بدر « لا يفلت أحد منهم إلا بقداه أو ضربة عتق » فقال ابن مسعود : « إلا سهيل بن البيضاء » فقال : « إلا سهيل بن البيضاء » وما أخيب به عن هذين بأنه كان على جهة التسخيف دفع بأنه يلا وهي تؤخذ باتصال ما بعدها بما قبلها ، وليس بلازم لأن المقصود الرفع بنفس لفظ القائل إيداعاً بأنه وافق الشرع المتجدد ، وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الأولى مدلول عليه بها كأنه قال : لا يخلئ خلاها إلا الإخضر . ومنها ما رواه أبو داود فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا » ثم سكت ثم قال : « إن شاء الله ثم لم يخرجه » ويجب أن يكونه لم يخرجه لا يدل على أنه لم يكفر ولم يحنث ، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلف أنه لا يخلع على يمين فيؤري غيرها خيرا منها إلا أتى إلى هي خير وكفر عنها . فحين رأى أن عدم غزوه خير لم يفعل ما حلف عليه .

فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول . قال رضي الله تعالى عنه :

ومنها إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق (فلا حث عليه) والجواب أنه محمول على الاتصال بالعرف العملي ، لأن عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه ، فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة « من حلف على يمين فقال إن شاء الله ثم يوجهه أيضاً الوازم المذكورة في الأصل من أنه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا إقرار بما لا مالا يحصى من الوازم الباطلة ، وبذلك أخاف أبو حنيفة المنصور حين وثى به أعداؤه إليه بأنه يرد رأى جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل ، فقال له مامعناه : إن مخالفته فيها تحصين للحلقة عليك ومنع خروج المخالفين لك من الخروج عليك . » وإلا جاز لهم أن يستثنوا إذا خرجوا من عنك . ومذهب الشافعي كذهبنا في أنه إذا قال متصلاً بقوله طالق أوحرة إن شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق . وقال مالك وأحمد في ظاهر الرواية عنه ينتهزان لأنه علقهما بشرط حقيق ، لأنه لو لم يشر إلى الله كلاماً من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به ، ويوضحه أنه إذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره ، وإن أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه إذا صدر اللفظ وجب كل منهما ، وإن أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال . والحجة لنا ما روينا وبيننا من المعنى . والجواب عن متمسكه أنه لم يعلقه بمحقق لأنه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله تعالى ، ونحار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى ، وقوله فقد حكمت الشريعة إلى آخره ليس على إطلاقه ، إذ التعليقات من نحو أنت طالق إن قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالإجماع وما نحن فيه من هذا القبيل (قوله فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط الخ) إنما نوعه لما ذكرنا أنه على قوم محمد استثناء ، وعلى قول أبي يوسف تعليق على أحد وجهي التعليل عنهما ، وقريب من الاستثناء لو قال إن دخلت قلته على أن أصدق بمائة مثلاً ، قال في النوازل : هذا قريب من الاستثناء لأن من الأمثال ما ليس به حقيقة ، ولأن المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه إيجاب المسال ، قال : وبه نأخذ إلا أن يريد الإيجاب على نفسه .

[فروع] طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا إشكال في أن القول قوله ، وكلذا إذا كذبت المرأة فيه ذكره في الحاوي للإمام عمود البخاري . ولو شهد عليه بأنه طلق أو خالعهما بغير الاستثناء أو قال لم يستثن قبلي ، وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي ، فإن لم يشهدا على النفي بل قالا : لم نسمع منه غير لفظ الطلاق والخلع والزواج يدعي الاستثناء . ففي المحيط القول قوله . وفي فوائد خمس الإسلام الأوزجندى : لا يسمع دعوى الاستثناء إذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف بإقراره ، ومثله إذا قال لعبده أعتقتك أمس وقلت إن شاء الله لا يعتق . وفي الفتاوى للنسفي : لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقني فالقول لها ولا يصديق الزوج إلا بالبينة ، بخلاف

فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول . وقوله (فيكون الاستثناء) يعني على قول محمد (أو ذكر الشرط) يعني على قول أبي يوسف .

(قوله وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد أو ذكر الشرط يعني على قول أبي يوسف) أقول : غالف لما أسلفه أننا إلا أن يكون إشارة إلى التعليل الآخر عنهما ، ثم أقول : ولا يبعد أن يقال : الظاهر أن المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه ، وذكر الشرط في سائر الشروط

(وكذا إذا مات قبل قوله إن شاء الله تعالى) لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجاباً والموت ينافي الموجب دون المبطّل ، بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لم يتصل به الاستثناء (وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقتَ ثنتين ، وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين طلقتَ واحدة).

ما لو قال لها قلت لك أنت طالق إن دخلت فقلت طلقني منجزاً القول قوله . وفي الفتاوى الصغرى : إذا ذكر الجعل لاسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالحل . ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الإسلام أبي الحسن أن مشايخنا أجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق أن لا يصدق الزوج إلا بينة لأنه خلاف الظاهر وقد قد حال الناس . والذي عندي أن ينظر ، فإن كان الرجل معروفاً بالصالح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي أن يؤخذ بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقاً له ، وإن عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغي أن لا يؤخذ بقول المانع لغلبة القساق في هذا الزمان . ولو طلق فشهد اثنان أنك قد استثنيت وهو غير ذاكر ، إن كان بحيث إذا غضب لا يدرى ما يقول وسعه الأخذ بشهادتهما وإلا لا يأخذ بها (قوله وكذا إذا مات) معطوف على قوله وإذا قال لأمرته أنت طالق إن شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق . وقوله والموت ينافي إلى آخره جواب عن مقلد هو أن الموت ينافي الواقع من الطلاق ، حتى لو قال لها أنت طالق أو طالق ثلاثاً فانت قبل الوصف أو العدد لا يقع فينبغي أن ينافي الاستثناء وهو المبطّل فيقع الطلاق . أجاب بأن الموت ينافي الموجب فيبطل به ويناسب الاستثناء فلا يبطل به (قوله بخلاف ما لو مات الزوج) قبل الاستثناء وهو يريد به ويعلم إرادته بأن ذكر آخر قصده قبل التلفظ بالطلاق ، وقول من قال يحتمل كذبه على الرجل في ذلك أو أن يبذله فيتركه ليس بشيء لأنه خلاف الظاهر ، ولأنه يجب تصديقه فيه ، ثم الواقع الوقوع فبحثه هذا إذا كان لإثبات عدم الوقوع فقد خرق الإجماع إذا اكتفى في إثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء وإلا فلا فائدة له غير اللجاج (قوله ولو قال إلا ثنتين طلقتَ واحدة) وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء لأنه استثنى الأكثر وهو قول طائفة من أهل العربية ، وبه قال أحمد . قالوا : لم تتكلم العرب به ، وقوله تعالى - إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين - والغاوين الأكرهون . قال تعالى - وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين - لا دليل فيه لأن الاستثناء منقطع ، إذ المراد بعبادي الخالص هكذا استقر الاستعمال القرآني ، على أن هذه النسبة للشرى فلم يدخل الغاوين . قلنا : لانسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التأويل في الآية ممنوع ولوسلم مع ما فيه ، ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل : «يا عبادي كلّمكم جائع إلا من أطعمته ، يا عبادي كلّمكم عار إلا من كسوته» . ولو سلم فعدم السجاع في تركيب معين

وقوله (وكذا إذا مات) معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني إذا مات بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله لا يقع الطلاق لأن الكلام خرج بالاستثناء من أن يكون إيجاباً ، وإذا بطل الإيجاب بطل الحكم ، فلن قيل : الإيجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم أهل ، وإذا بطل الاستثناء صح الإيجاب فيقع الطلاق . أجاب بقوله (والموت ينافي الموجب دون المبطّل) يعني أن الإيجاب لو اتصل بالموت بانعوت قبل تمام قوله أنت طالق بطل . وأما المبطّل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لأن مبطل الشيء ما ينفيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل ، بخلاف الموجب فإن المبطّل ينافيه فيرفعه (بخلاف ما إذا مات الزوج) بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لأنه لم يتصل به الاستثناء ، وإنما تعلم إرادته الاستثناء بقوله قبل ذلك إلى أطلق أمرأتى واستثنى (وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقتَ ثنتين ، وإن قال إلا ثنتين طلقتَ واحدة) . وفي ذكر الجاهل إشارة

والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثبوت هو الصحيح ، ومعناه أنه تكلم بالمستثنى منه ، إذ لافرق بين قول القائل لفلان على درهم وبين قوله عشرة إلا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لأنه يبنى التكلم بالبعض بعده ، ولا يصح استثناء الكل من الكل لأنه لا يبق بقوله شيء ليصير متكلماً به وصارفاً للفظ إليه ؛

لا يستلزم عدم صحة استعماله ؛ ألا ترى أنه لم يسمع له مائة إلا ثماناً وسدس ثمن وسائر الكسور ، ويجوز استعمالها ، وهذا لأن الاستثناء بيان أن المستثنى لم يرد بالصدر . فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه أنه تكلم بالباقي بعد المستثنى ، وقوله إخراج عن الصدر إلى آخره يجوز لأن حقيقة الإخراج متعلدة لأنها تستدعي سبق الدخول ، فإن اعتبر الدخول في تناول فالاستثناء لا يفيد الإخراج منه لأنه باق بعد الاستثناء ، لأن تناول اللفظ بعلة وضعه تمام المعنى ، وهي قائمة مطلقاً فلا يتصور الإخراج منها ، وإن اعتبر الدخول في الإرادة بالحكم لزم أن يكون كل استثناء نسخاً ، ويلزم أن لا يصح في نحو قوله تعالى - فليث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً - من الإخبارات ، لأن المتكلم حيث لم يكن في إرادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع ، أو في الاستثناء إن كان هو المتكلم ، أو غلطاً في أحدهما ويستحيلان في حقه تعالى ، فلزم بالضرورة أنه يبان أن ما بعد إلا لم يرد بالحكم ، ثم هل يكون مراداً بالصدر : أعني العام أو الكل ، ثم أخرج ثم حكم على الباقي ، أو أريد ابتداء بالصدر ماسوياً بما بعد إلا وإلا فربنته بخلاف لا يوجب خلافاً فيما ذكرنا أن حاصل تركيب الاستثناء تكلمه بالباقي : أي حكمه عليه ، وحققنا في الأصول أن معنى القول الأول أنه أريد عشرة وحكم على سبعة في قوله على عشرة إلا ثلاثة ، وإرادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم ، وإلا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ، ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالة لا يستلزم كون عشرة إلا ثلاثة اسماً مركباً لمعنى سبعة كما نسب إلى القاضي الباقلاني ، على أن التحقيق أن قوله هو أحد المذهبين كما حققنا في الأصول ، بل مراده ما ذكره المصنف من قوله إذ لافرق بين قول القائل على درهم وعشرة إلا تسعة ، وقوله هو الصحيح احتراز من قول من قال إخراج ، وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الإخبار ما ذكرنا ، ونسب إلى الشافعية والله أعلم ، فإنهم مصرحون بأنه من الخصائص ، والتخصيص بيان أن المخصص لم يكن مراداً ، أو قاله على تأويله بظاهر اللفظ . وهو الظاهر لأن مسألة الاستثناء من النفي إثبات يوجب القول بالمعارضة لأنها توجب حكماً على الثلاثة مثلاً في ضمن العشرة بالإثبات وبعد إلا بالنفي ، لكن لاشك في أنه بحسب الظاهر حقيقة للإسنادين فيها وإلا كان تناقضاً ، وحينئذ فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد إلا ، وترجع الثاني فيجب حل المرجوح عليه كما هو لكل معارضة ترجع فيها أحد المتعارضين ، فظهر أنه لم يحكم في الصدر إلا على سبعة (قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل) قيل لأنه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز . ودفع بأنه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية ، لكنه لا يجوز فيه أيضاً لو قال أوصيت لفلان بثلث مالى إلا ثلث مالى

إلى أن استثناء القليل والكثير سواء ، خلافاً للفراء فإنه لا يجوز الأكثر ويدعى أنه لم يتكلم به العرب (والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثبوت) أي بما بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء (هو الصحيح) احتراز عن قول من يقول إنه إخراج بطريق المعارضة ، وموضعه أصول الفقه ، وإذا كان كذلك لافرق بين أن يقال لفلان على درهم وأن يقال عشرة إلا تسعة ، فيصح استثناء البعض قليلاً كان . أو كثيراً أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده (ولا يصح استثناء الكل من الكل) مثل أن يقول عشرة إلا عشرة لأنه لم يبق بعد الاستثناء شيء (يصير متكلماً به وصارفاً للفظ إليه) فيقول كلامه الأول كما كان ويقع الثلاث ، وقد ظن بعض أصحابنا أن الاستثناء رجوع والرجوع

لا يصح الاستثناء فلم أنه لغيره ، وهو ما ذكر في الكتاب من أنه حينئذ لا يبق بعده شيء يصير متكلماً به ، وتركيب الاستثناء لم يوضع إلا للتكلم بالباقي بعد التثنية لأن الكمال كما يفيد التباين مع الاتفاق على نفي أنه لنفي الكمال ، بل يفيد ذلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقرأ استعمالاً العرب تقيده وما حكى عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكمال خرجاً بغير لفظ المصدر أو مساوياً كميدي أحرار إلا محالاً كي يفوتون كما صرح به في المبسوط وقاضيخان وزيادات المصنف . فلو قال نسائي طوائق إلا زبيب وعمرة وفاطمة وحفصة لاتطلق واحدة منهن . وفي الباقى : لو قال كل امرأة لى طائق إلا هذه وليس له امرأة غيرها لاتطلق . وفي الأخيرة لو قال أنت طائق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبي خنيفة ، وعندهما يقع ثنتان . وعن أبي يوسف واحدة وهو قول زفر ، فكان أبا خنيفة يرى توقف صحة الأولى إلى أن يظهر أنه مستغرق أولاً ، وهما يريان اقتصار صحته على الأولى ، وزفر يرى اقتصاره على الأولى والثانية ، وقول أبي خنيفة أوجه لأن المصدر متوقف على الإخراج . ولو قال طائق واحدة وواحدة إلا ثلاثاً بطل الاستثناء اتفاقاً لعدم تعدد يصح معه إخراج شيء . ولو قال واحدة وثلثين إلا ثنتين أو اثنتين وواحدة إلا اثنتين يقع الثلاث ، وكذا ثنتين وواحدة إلا واحدة ، لأنه في الأولين إخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة ، وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح ، بخلاف ما لو قال طائق واحدة وثلثين إلا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة إخراج الواحدة من الثنتين . والأصل أن الاستثناء إنما ينصرف إلى ما يليه ، وإذا تعقب جلا قيد الأخيرة منها ، وكما قيدنا بطلان المستغرق بما إذا كان بلفظ المصدر أو مساوياً كذلك يجب تقييده بما إذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبراً المصدر ، فإن كان صحيح ، فإنه ذكر في فتاوى الوالجبى : لو قال أنت طائق ثلاثاً إلا ثلاثاً الواحدة طلقت واحدة . وأصل أنه إذا تعدد الاستثناء بلا وأوسكان الكمال إسقاطاً مما يليه ، فيلزم أن كل فرد إسقاطاً من المصدر وكل شفع جبراً ، فإذا قال طائق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة كان الواقع ثنتين لأنك أسقطت من الثلاث ثنتين أولاً فصار الحاصل واحدة ، ثم أسقطت من الساقط من المصدر واحدة فجبر بها المصدر فصار الباقي ثنتين ، فقد أخرج من الثلاث المستثناة واحدة فصار ثنتين ثم أخرجهما من الثلاث المصدر فصار الباقي واحدة ، وهذا بناء على أن الثلاث المستثناة الثلاث لم تبطل بل توقفت إلى أن يظهر استثناء منها فيصح أولاً فيبطل والله أعلم . وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى - إلا آل لوط إننا لمنجوهم أجمعين إلا امرأتهم - ومن فروعهما المعروفة له على عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا تسعة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا ثنتين إلا واحدة تلزمه خمسة . ولو قال ثنتين وأربعاً إلا ثلاثاً يقع

عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح ، وليس كذلك لما أنه أبطل استثناء الكل في الوصية مع أن الوصية محتمل الرجوع ، وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان بين ذلك اللفظ ، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وإن كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى ، فإنه لو قال كل نسائي طوائق إلا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلعن كلهن . ولو قال كل نسائي طوائق إلا زبيب وعمرة وبكرة وسلمى لاتطلق واحدة منهن وإن كان هو استثناء الكل من الكل ، وهذا لأن الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ ،

(قوله وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل . إلى قوله : وإن كان هو استثناء من الكل) . أي قوله : بدله بتكرره في الشرح .

وإنما يصح الاستثناء إذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل ، وإذا ثبت هذا ففي الفصل الأول المستثنى منه ثنتان فيقعان في الثاني واحدة ، فتقع واحدة ولو قال إلا ثلاثا يقع الثلاث لأنه ستثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء ، والله تعالى أعلم بالصواب .

(باب طلاق المريض)

الثلاث ذكره القدوري . وأصله أن الاستثناء تصرف في اللفظ أولا ، ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء ، فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ، ولهذا لو قال أنت طالق أربعة إلا ثلاثا تقع واحدة ، أو عشرة إلا تسعة طلقت واحدة ، أو خمسا إلا واحدة يقع الثلاث . وفي المتن : طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعة فهي ثلاث عند أبي حنيفة وزفر لأنه يصير قوله وثلاثا قاصلا لغوا فاستثنى الأكثر فيقع الكل . وعند أبي يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال ستا إلا أربعة . وما ذكر شيخ الإسلام أنه ينوي ، فإن قال عتبت ثنتين من الثلاث الأول وثنتين من الثلاث الأخيرة يصح الاستثناء . وإلا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية ، كذلك الحلواني في هذه المسئلة ولا في المتن . ولو قال طالق ثلاثا إلا واحدة أو ثنتين طوب بالبيان ، فإن مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سبابة عن أبي يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح ، وفي رواية أخرى ثنتان ، وما قيل إن هذه الرواية تناسب أصل أبي يوسف ، يعني في منع إخراج الأكثر فما لا ينبغي لأن تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه . نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية . وجه الصحيح أنه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة .

[فرغ] إخراج بعض التعليلية لغو بخلاف إيقاعه . فلو قال طالق ثلاثا إلا نصف تعليلية وقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار ، وقيل على قول أبي يوسف ثنتان لأن التعليلية لا تنجز في الإيقاع فكذا في الاستثناء فكانه قال إلا واحدة . والجواب أن في الإيقاع إنما لا تنجز لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تعليلتين ونصف فتطلق ثلاثا .

(باب طلاق المريض)

لما فرغ من طلاق الصحيح بأقسامه من التنجيز والتعليل والصريح والكتابة وكلا جزعا شرع في بيان طلاق المريض ، إذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري ، إذ لاشك أن فهم المراد من لفظ المرض أجل من فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظا فكذا فيما بقي ، إذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله أنت طالق عشرة إلا تسعة لما أنه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف . وقوله (وإنما يصح إذا كان موصولا به) ظاهر ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(باب طلاق المريض)

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا ويدعي صريحا وكناية تنجيزا وتعليلًا كلا جزعا شرع في بيان طلاق

(باب طلاق المريض)

(قوله وتعليلًا كلا جزعا) أقول : لمن راده تعليلها نصف تعليلية لو ثلثها أو ما أشبه ذلك .

(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فماتت وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي رحمه الله : لا ترث في الوجهين لأن الزوجة قد بطلت بهذا العارض وهي السبب

فهمه من قولنا معنى يزول بجلوله في بدن الحى اعتدال الطباع الأربع ، بل ذلك يجرى مجرى التعريف بالأخفى (قوله في مرض موته) احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم ماتت وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه ، وقيد بالبائن لأن في الرجعي يرثه وترثه في العدة وإن طلق في الصحة لقيام النكاح . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم أن في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة . وأجمعوا أنه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرث الآخر ، وبالعدة لأنها لا ترثه إذا مات بعد انقضائها ، خلافاً لما لك في قوله ترث وإن تزوجت بعشرة أزواج . ولابن أبي ليلى في قوله ترث ما لم تزوج وهو قول أحد ، ويعرف من تنقيذ الإرث بالعدة أنه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لأنها لا عدة عليها من ذلك الطلاق ، وقيد بغير الرضا ، لأنه لو طلقها برضاها لا ترث ، ولابد من قيد كونها بمن يتوارثان حال الطلاق لأنه تعلق حقها بماله إذا مرض هو إذ ذاك ، حتى لو كانت كناية أو أحدهما مملوكاً وقت الطلاق لا ترث ، وإن أسلمت في العدة قبل موته أو عتق لا ترث . أما لو قال في مرضه إذا أسلمت فأنت طالق بائناً ترثه لأنه علق بزمان تعلق حقها بماله . واختلفوا فيها إذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم ماتت ثم جاءت بولد بعد موته لأقل من ستة أشهر ، فعند أبي يوسف ترث ، وعندهما لا ترث بناء على أن الميانة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملاً على أنه خادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبته منه ، ويتيقن بوضعه براءة الرجم فتنتقض به العدة بعد موته فترث . وعندهما لا يحمل على الزنا وإن قالته ، بل على أنه من زوج آخر بعد عدة الأول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث ، وسأني المشتلة في ثبوت النسب (قوله وهي السبب) أي الزوجية هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالبيوتة ، وكذا لا يرثها إذا ماتت في العدة ، فلما كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين ، وبمذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة ، ونقله أبو بكر الرازي عن علي وأبي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد ابن ثابت ، ولم يعلم عن صحابي خلافة ، وهو مذهب النخعي والشافعي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة

المريض متعرضاً لبعض ما ذكر إذ المرض من العوارض السببية فآخر بيانه عن بيان حكم من به الأصل وهو الصحة (وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته) وهذا يسمى طلاق القار . والأصل فيه أن من أبان امرأته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافاً للشافعي . قيد بالإبانة لأن العليل إذا كان رنجياً كان تورثها منه باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار القرار . وقيد بمرض موته لأنه إذا طلقها بائناً في مرض فصحت منه ثم مات لا ترث ، وبغير الرضا لأنه إذا كان برضاها لا ترثه ومن ترثه ، لأنها إن كانت كناية أو أمة لا ترث والموت في العدة لأنها إن ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافاً لما لك ، وحكم القرار كما ثبت من جانبها يثبت من جانبها كما إذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فإنه يرثها (وقال الشافعي : لا ترث في الوجهين)

(قوله لأنه إذا كان برضاها لا ترثه) أقول : فيه أنه إذا طلق نفسها ثلاثاً فأجاز الزوج في مرضه ترث ، وليس ذلك أبين من الرضا فليطالع في الفرق ، وليس لك أن تقول : البراء تطليق نفسها في صحة لأنه صرح في الثانية أنها إذا طلق نفسها ثلاثاً في مرض موته (قوله وحكم القرار كما يثبت ، إلى قوله فإنه يرثها) أقول : كيف يرث . ولا عدة في جانب ولا قيام لنكاح بوجه من الرجوع فلا إمكان ، ونسب

ولهذا لا يرثها إذا ماتت. ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها ، وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبق في حق بعض الآثار فجاز أن يبق

وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن أبي سليمان والحرث المكي . لنا الإجماع والقياس . أما الإجماع فلأن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصيب بن زياد الكلبي ، وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في العدة بمحض من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعا ، وقال : ما أهتمولكن أردت السنة . وهذه الرواية أليق بما روى عن عثمان أنه قال حين ورثها فر من كتاب الله . وقد ذكر عن عبد الرحمن أنه قال : ما فررت من كتاب الله . وقول ابن الزبير في خلافته : لو كنت أنا لم أورها ، أراد به لعدم علمي إذ ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك ، وهو بعد انقضاء الإجماع فيه فلا يقدح فيه . لا يقال : بل على هذا التقرير لم يكن إجماعا لأنه كان سكوتيا ، وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر أن سكوته لم يكن وفاقا . لأننا نقول : نعم لو كان إذ ذاك فقيها لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء إذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفق ، والحكم في ذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس في مسألة العول . وقول المالكية : كان قضاء عثمان بعد العدة معارض بقول الجمهور أنه كان فيها . وأما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله أو تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجماع إبطال حتى بعد تعلقه بماله فيه ، وهذا لأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت ، ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بعد الإجماع ، وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الإبطال بل هو دائر مع ثبوت الإبطال سواء قصده أو لم يقصده ولم يحظر له . وأما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث . وصورته : هكذا قصد إبطال حنفيا بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجماع كونه فعله محرما لغرض فاسد فالحكم بثبوت نقيض مقصوده ، ولذا اختلف بخصوص الثابت في الأصل والفروع ، فإنه في الأصل منع الميراث وفي الفروع ثبوت الميراث . وهذا التعليل في طريق الأمدى بمناسب غريب إذ لم يشهد له أصمل بالاعتبار ، بل الثابت بمجرد ثبوت الحكم معه في المهل : أعنى القاتل . وأما عندنا فقد ثبت اعتباره بالإجماع المذكور ، وكان مقتضى القياس أن ترث ولومات بعد تزوجها كقول مالك ، إلا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة الإمكان وهو ببقاء العدة بناء على أن حكم الشرع بالميراث لا بد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعق ، فحيث

يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لأن سبب إرثها منه الزوجية والزوجة قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق (ولهذا لا يرثها إذا ماتت . ولنا أن الزوجية سبب إرثها منه في مرض موته) وهو ظاهر (والزوج قصد إبطال هذا السبب) بالطلاق وهو أيضا ظاهر (فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أي عمل الطلاق إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها (فإن قيل : إن كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها وجب أن يستوى في ذلك الموطوعة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده . أجاب بقوله (وقد أمكن) يعني إما يصح تورثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكنز السبب وهو النكاح قائما ، وقد أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة لأن النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار

ما يفويه بعد أسطر (قال المصنف : ولنا أن الزوجية سبب إرثها) أقول : أي سبب تعلق حقها بماله ولا نظاره مصادرة (قال المصنف فيرد عليه قصد بتأخير عمله) أقول : أي عمل الطلاق المفهوم من السياق ، ويجوز إدراج التفسير إلى الإبطال مرادا به الطلاق مجازا .

في حق إرثها عنه ، بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان ، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فتبطل في حقه خصوصا إذا رضى به (وإن طلقها ثلاثا بأمرها أو قال لها اختاري فاخترت نفسها أو اختلعت منه ثم مات

أقضى الدليل تورث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ، ومعلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس إلا بقيام العدة فيلزم ثبوت تورثها بموته في عدتها ، والمصنف لم يعين لقياسه أصلا في الإلحاق ، بل قال : قصد إبطال حقها فيرد عليه قصده دفعا للضرر ، ومثله لا يفعل إلا إذا كان هناك أموال شتى يمكن الإلحاق بكل منها ، وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل المورث . ويمكن أنه اعتبر أصوله كل من ألزم ضرر بطريق غير مباح فإنه يرد ذلك عليه ، إلا أن قوله الزوجية سبب إرثها في مرض موته غير جيد لأنها سبب إرثها عند موته عن مرض أو فجأة . والوجه أن يقول : الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزواج قصد الخ (قوله بخلاف ما بعد الانقضاء) أي انقضاء العدة لأنه لا إمكان للتورث إذا لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها . على أنه روى عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبي بن كعب أن امرأة الفارث تراث مادامت في العدة ، وبه يحمل قول أبي بكر الصديق تراث ما لم تزوج : أي ما لم تقدر على قدرة التزوج وهو باقضاء العدة : أي ما لم تقدر عليه (قوله والزوجية الخ) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها : أي الزوجية في هذه الحالة : أي حالة مرضه ليست سببا لإرثه عنها بل في حال مرضها . ونقول : لو كانت هي المريضة فأبانت نفسها بأن ارتدت حينئذ ثبت حكم القرار في حقها فيرثها الزوج ، بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لأنها بانت بنفس الردة قبل أن تصير مشرقة على الهلاك ولا هي بالردة مشرقة عليه لأنها لا تقتل (قوله فتبطل في حقه) يرفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها إذا مات ، بخلاف ما إذا أبانها في مرض موته ثم مات حيث تراثه لأن الزوجية وإن بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية في حقها دفعا للضرر عنها لأنه قصد إبطال حقها ، وضبطه بنصب اللام على أنه جواب النفي سهو لأنه حينئذ يعكس الغرض ، إذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لإرثه منها لبطلت ، ولكنها ليست بسبب فلا تبطل ، وإذا لم تبطل فيجب أن يرثها ولا يقول به أحد (قوله فإن طلقها ثلاثا بأمرها) ليس قيذا ، بل المقصود أن يطلقها بائنا بأمرها ،

من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الأخت وحرمة نكاح أربعة سواها ، فجاز أن يبنى في حق إرثها منه دفعا للضرر عنها ، بخلاف غير الموطوعة وما بعد انقضاء العدة لأن التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلا . وقوله (والزوجية في هذه الحالة) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها إذا مات ، ومعناه أن الزوج إذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا مات ، إما لأنه لم يتعلق حقه بمالها ، وإما لأنه رضى بحرمانها عن الإرث حيث أقدم على الطلاق ، وإما لأنه لم يكن النكاح قائما بوجه من الوجوه (وقوله فتبطل في حقه) قال في النهاية بالنصب لأنه جواب النفي . وقال بعض الشاويخين بالرفع لا غير ، ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فإنه لا وجه له . وقوله (وإن طلقها بأمر) ها ظاهر . قيل سواها للطلاق لا يربو على قولها أسقطت ميراثي من

على سبيل الاستخدام (قوله وإما لأنه رضى بحرمانه الخ) أقول : هذا الوجه أهم من الأول ، إذ يحتمل أن يكون الطلاق في مرض موتها أيضا (قوله فتبطل في حقه) . قال في النهاية بالنصب (الخ) أقول : أنت غير أنه على تقدير النصب يكون للمنفق فلا تبطل الزوجية ، وذلك ليس بصحيح ولا كان ينبغي أن يرتأ ، وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال : إن النكاح لم يكن قائما بوجه من الوجوه ، ويجوز أن يقال :

وهي في العدة لم ترته) لأنها رضية بإبطال حقها والتأخير لحقها. وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لأن

ولها عطف قوله أو قال لما اختارى فاختارت نفسها عليه ، فإن هذا القدر إنما يثبت طلاقه بائنة ، وكذا إذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترته لأنها رضية بإبطال حقها . أما في الأولى فلأثر منها بالعدة ، وأما في الآخرين فلأثرهما بإشرا العلة . أما في التأخير فظاهر لأنه تمليك منها ، وأما في الخلع فلأن التزام المال علة العلة ، لأنه شراء الطلاق ، ومباشرة آخر وصنى العلة كباشرتها ، بخلاف مباشرة بعض العلة . فن فروع ذلك مالم قال لامرأته في مرض موته وقد دخل بهما طلقا أنفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطبيق الأولى لا الثانية وورثت الثانية لأنها لم تبشر علة الفرقة لا الأولى لأنها المباشرة . ولو بدأت الأولى بطلاق ضررتها ثم بطلاق نفسها ثم الأخرى كذلك ورثتا لأن الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضررتها لإطلاق نفسها الخروج الأمر من يدها لاشتغالها بطلاق الضررة ، والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس . ولو طلقت كل نفسها وصاحبها معا طلقتا ولم ترثا لأن كلا طلقت بتطبيق نفسها ثم اشتغلت بما لا يفيد من تطبيق ضررتها . وإن طلقتا إحداها بأن طلقت نفسها وطلقتها ضررتها ووجد ذلك معا طلقت ولا ترث لأنه وجد في حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف إلى المالك لأنه أقوى ، أو كل يصلح علة وقد نزلا معا فيضاف إلى كل كأن ليس معه غيره . أو قال في مرضه طلقا أنفسكما إن شئنا فطلقت إحداها نفسها وصاحبها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الأخرى نفسها وصاحبها لتعلق التفويض بمشيتهما خلافا لفركانه قال طلقا أنفسكما إن شئنا طلاقكما ، بخلاف ما تقدم فإنه لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتفرد كل واحدة منهما بذلك ، فلو طلقت الأخرى بعد ذلك نفسها وصاحبها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الأولى لا الثانية لأن الثانية باشرت آخر وصنى العلة والأولى بعض العلة . ولو خرج الكلامان منهما معا باتا وورثاه لأن كلا باشرت بعض العلة ، هذا كله بشرط المجلس لأنه تمليك . ولو قال في مرضه أمركما بيديكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد إحداها بالطلاق كمشيئة سواء إلا أنها إذا اجتمعتا على طلاق واحدة منهما يقع ، وفي قوله إن شئنا لا يقع لأنه جعل الرأي إليهما في شيئين ، فإذا اجتمع رأيهما في شيء صح ، كماله وكل رجلين يبيع عبيدين فباعا أحدهما وهناك فوض إليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عدما قبل الشرط . ولو قال طلقا أنفسكما بألف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بألف معا أو متعاقبا باتا بألف ويقسم على مهرهما لأن الألف مقابل بالضعفين لا يعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوجهما عليه ولم يرثا لأن الفرقة لا تقع إلا بالتزام المال والتزام كل علة لأنه شراء الطلاق ، فكان فعل كل واحدة علة وفعل الأخرى شرطا والحكم يضاف إلى العلة فلذا بطل الإرث . ولو طلقتا إحداها طلقت بمحضتها من الألف لأنها مأمورتان بطلاقهما فقد أتتا ببعض ما أمرتا به ولم ترث لأنه وقع بقبولها ، وإن قامت بطل الأمر لأنه طلاق يبدل بشرطه اجتماع رأيهما ، بخلاف المأمورتين بالطلاق بلا بدل لأنه يتفرد كل منهما بإيقاع الأمر ، وإذا بطل الأمر في حق نفسها لأنه تمليك بطل في حق الأخرى لغوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي (قوله والتأخير) أى تأخير عمل الطلاق

فلأن نعمة لا يسقط . أحيب بأن الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ، ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض ، فإذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكما ، وإذا رضية حكمتا بارتقاضها فيسقط الإرث ضمنا له ، وكم من

المنع على تقدير النصب فيبطل الإرث بعد تحقق سببه : أى الزوجية في تلك الحالة ليست سببا له حتى يلزم المهور الذي هو بطلان الإرث بعد تحقق سببه ، فالهناجذ راجع إلى الإرث وفيه تكلف .

الطلاق الرجعى لايزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطان حقها (وإن قال لها فى مرض موته كنت طلقته ثلاثا فى صحفى وانقضت عدتك فصدقته ، ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبى حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف وعبد ربهما الله : يجوز إقراره ووصيته ، وإن طلقها ثلاثا فى مرضه ، بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث فى قولهم جميعا) إلا على قول زفر رحمه الله فإن لها جميع ما أوصى وما أقر به ، لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية . وجه قولهما فى المسئلة الأولى أنها لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جاز له أن يتزوج أنهما فأنعمت التهمة ؛ ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها ، بخلاف المسئلة الثانية لأن العدة باقية وهى سبب التهمة ، والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ، ولا عدة فى المسئلة الأولى

لحقها وهى قد رضىت بإبطاله ، ولذا لو حصلت القرقة فى مرضه بسبب الحب والعنة ونحوها البلوغ والعق لم ترث لرضاها بالمطل وإن كانت مضطرة ، لأن سبب الاضطراب ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا فى القرقة ، بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج فى مرضه حيث ترث لأن المطل للإرث إجازته ، ولو وقعت القرقة بتمكين ابن الزوج لاثرت إلا أن يكون أبوه أمره بذلك فقر بها مكروه لأنه بذلك ينتقل إليه فيكون الأب كالمباشر . ولو وجدت هذه الأشياء منها وهى مريضة ورثها الزوج لكونها غارة . وفى الجامع : لو غارقتها فى مرضها بخيار العنق أو البلوغ ورثها لأنها من قبلها وإذا لم تكن طلاقا . وفى اليتامع جعل هذا قول أبى حنيفة ومحمد . وفى القرقة بسبب الحب والعنة واللعان لا يرث لأنها طلاق فكانت مضافة إليه . وأورد : ينبى أن لا يرثها أصلا لأنها جعلنا قيام العدة كقيام النكاح فى حقها ولا عدة هناك من موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة . أجيب لما صارت محجورة عن إبطال حقها بعين النكاح فى حق الإرث دفعا للضرر عنه أوردنا لقصدنا إبطال حقه كتمتع الإرث . ولا ينبى أن هذا الاعتبار الذى هو مبنى هذا الجواب يستلزم تورث امرأة الفار إذا مات بعد العدة كما هو قول مالك . وفى التقنية : أكره على طلاقها الثلاث لاثرت لعدم قصد الفرار ، ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث (قوله) ولو قال لها كنت طلقته ،

حكم . يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ، وكذلك إذا اختارت نفسها لأنه دليل الرضا بالقرقة ، وبالخلع قد التزم للمال لتحصل لها القرقة وهو أدل على الرضا بها . وقوله (وإن قال لها فى مرضه) فى هذه المسئلة التى بعدها يجب الأقل عند أبى حنيفة ، ويجب ما أقر وأوصى بالغا ما بلغ فيها عند زفر ، وقولها فى الأولى كقول زفر ، وفى الثانية كقول أبى حنيفة . قال زفر (والميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الإقرار والوصية) وإذا زال المانع يعمل المقتضى عمله . (وجه قولهما فى المسئلة الأولى أنها لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فأنعمت التهمة) واستوضح ذلك بقوله ألا ترى . وقوله (وهى سبب التهمة) أى العدة سبب تهمة إثارة الزوج الزوجة على سائر الورقة بزيادة نصيبها كما فى حقيقة الزوجية (والحكم) وهو عدم صحة الإقرار والوصية (يدار على دليل التهمة ولهذا يدار) الحكم المذكور (على النكاح والقرابة) حيث لا يجوز وصيته ولا إقراره لمنكوحته وذوى قرابته . وتحقيق هذا أن الإنسان قد يختار الطلاق لينفخ عليه باب الوصية والإقرار ، وكذا قد يتراضع مع بعض قرابته بدين إثارة له على غيره ، ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فأقامه الشرع مقامه ولم يجوز الإقرار والوصية لمنكوحته وقريبه ، فكذلك فى المعتدة لأن العدة من أسباب التهمة (ولا عدة فى المسئلة الأولى) لتصادقهما على انقضائها . وفى عبارته بتسامح لأنه ذكر أن العدة سبب التهمة ثم جعل دليل التهمة ، وإقامة

ولأن حنيفة رحمه الله في المسائلين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها، والزوجان قد يتواضعا على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة قد ردناها، ولا تهمة في قدر الميراث فصحة، ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والزواج والشهادة، فلا تهمة في حق هذه الأحكام. قال رضي الله عنه:

إلى قوله : فلا تهمة في حق هذه الأحكام هاتان مسئلتان : ما إذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل المرض ، وما إذا أنشأ طلاقها ثلاثا في مرض موته بسواها ثم أقر لها بمال أو أوصى لها بوصية ، فعند أبي حنيفة لها الأقل من الميراث ومن كل من الوصية والمقر به في الفصلين.. وقال زفر : لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين ، وقال في الأول كقول زفر ، وفي الثاني كقول أبي حنيفة . لزفر أن المانع من صحة الوصية والإقرار الإرث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الأولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبار موجبهما . قلنا : ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة ، غير أنها قالوا : إنما هي ثابتة في الثانية لا الأولى ، وذلك لأن ثبوت التهمة به باطن فأدبر على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الأولى فوجب تفضيلنا بين الفصلين . والدليل على أن مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع أن ما ينفي بالتهمة من جواز الشهادة ثابت في الأولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فلم انقضاء التهمة شرعا وأنها صارت أجنبية ، وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وأن تزوج بآخر من وقت التصديق . ولأن حنيفة إن قصر سبب التهمة على العدة منعه بل هي ثابتة أيضا نظرا إلى تقدم النكاح المفيد للألفة والشفقة وإرادته اتصال الخبير ، ولما لم يظهر ما تصادقا عليه إلا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الإقرار والوصية ، وهذه التهمة إنما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الأحكام إذ لم تجر العادة بالتواضع للزوج بأختها أو هي بغيره أو لدفع الزكاة أو للشهادة فلذا صدق فيها لا في حق الورثة ، وهذه التهمة إنما هي في الزائد فينتفى ، ثم ما تأخذ إنما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين . وفائدته أنه لو توى شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ، ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ، ولو طلبت أن تأخذ ذنابا والتركة عروض ليس لها ذلك ، ولو كان دينها لكان لها ذلك ، ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها أن ما تأخذه دين ، ولو أقر بفساد نكاحها أو أوخلها أجنبي في مرضه تراث . وفي جوامع الفقه : وكذا لو قال كنت جامعته أمك أو تزوجتك بغير شهود ، وقوله ولها يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر . والقراءة : أي قراءة الولاد فلا تقبل من الولد وإن سفل لأبيه وجهه ولا الأب والجد لابنولين ابنة . وفي الغاية : ينبغي أن ينظر إن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فلذلك يدل على عدم المواضعة والإحسان إليها فحينئذ لا تهمة في الإقرار لها والوصية ، وإن كان ذلك في حال المطالبة ومبايعتها في خلعتة ينبغي أن لا يصح إقراره ووصيته لهمة ، وقاسه على ما في اللخيرة فيها إذا قالت لك امرأة غيري أو تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق فإنه قال : قيل الأولى يحكم الحال

الشيء مقام غيره إقامة السبب الداعي مقام المدعو ، وإقامة الدليل مقام المدلول فهما قسيان (ولأن حنيفة في المسائلين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها ، والزوجان قد يتواضعا على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها ، وهذه التهمة في الزيادة قد ردناها ، ولا تهمة في قدر الميراث فصحة، ولا مواضعة عادة) جواب عن قولهما ألا ترى أنه يقبل شهادته لما وهو

(ومن كان محصوراً أو في صف القتال فطلق امرأته ثلاثاً لم تره ، وإن كان قد بارز رجلاً أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل) وأصله ما بينا أن امرأة الفارث تراث استحساناً ، وإنما ثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله ، وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالباً كما إذا كان صاحب الفرائض وهو أن يكون بحال لا يقوم بمواجهته كما يعتاده الأصحاء ، وقد ثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب ، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار ، فالمحصور والذى في صف القتال الغالب منه السلامة لأن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار ، والذى بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف ، وقوله إذا مات في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات

إن كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضاً ، وإن لم يكن كذلك لا يقع . قال السروجي : فقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هناك أن تحكم هنا اهـ . وقد يفرق بأن حقيقة المحصورة ظاهرة في قولها تزوجت عليّ ونحوه إذا اقترن بالمشاجرة ، أما هنا فلا ، إذ الإيضاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر في أن تلك المحصورة والبغضاء ليست على حقيقتها ، وإلا لم يوص لها ظاهراً . والحاصل أن الظاهر بملك الإيضاء التراضي على إظهار الخصومة والتشاجر وكثيراً ما يفعل أهل الحيل ذلك للأغراض (قوله ومن كان محصوراً بالغ) الحاصل أن مبنى القرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده ، وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كما تكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصاً ، أو في سفينة قتلاطمت الأمواج وخيف الفرق أو انكسرت وبقي على لوح أو اقتربه سبع بقي في فمه ، بخلاف ما إذا كان محصوراً في حصن أو في صف القتال أو محبوباً للقتل أو نازلاً في مسبعة أو في خيف من العدو أو راكب سفينة دون ماقلنا ، والمرأة في جميع ذلك كالرجل ، فلو باشرت سبب الفرقة فيها ذكرناه من أحوال القرار كمخيار البلوغ والعنف وتمكين ابن الزوج والارتداد فإنه يرثها على ما بيناه آتفاً . والحاصل لا تكون فارة إلا في حال الطلق . وقال مالك : إذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة . قلنا : المناط بخاف منه الهلاك ولا يخاف منه إلا في الطلق ، وتوجهه بالمرض قيل : أن لا يقدر أن يقوم إلا بأن يقام ، وقيل إذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادى فصحيح وإلا فريض . وضعف بأن المريض جلد لا يعجز أن يتكلف لهذا القدر ، وقيل أن لا يقدر أن يمشي إلا أن يهادى ، وقيل أن لا يقوم بمواجهته في البيت كما تعتاده الأصحاء وإن كان يتكلف ، والذي يقضيها فيه وهو يشتكى لا يكون فارة لأن

واضح . وقوله (ومن كان محصوراً أو في صف القتال) هذا لبيان أن حكم القرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقربه إلى الهلاك . غالباً فهو في معنى مرض الموت ، لأن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكأنما في المعنى سواء ، وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً أن يكون صاحب فرائض ، وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بمواجهته كالأصحاء وكلامه واضح . وقوله (ولهذا أخوات تخرج على هذا) منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح ، فإن تلاطمت الأمواج وخيف الفرق صار كالمرضى في هذه الحالة . ومنها المرأة الحامل فإنها كالصحيحة فإذا أخذها الطلق فهي كالمریضة . ومنها المقعد والمفلوج مادام يزداد ما به فهو كالمریض ، فإن صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لأنه مادام يزداد في علته فالغالب أن آخره الموت ، وإذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك . وقوله (وقوله إذا مات في ذلك الوجه) بيانه : إذا طلبها في مرض نبوته لم قتل أو مات من غير ذلك المرض إلا أنه لم يرضع فلها الميراث ، وكان عيسى بن أبان يرى أن لا ميراث لها لأن مرض

بذلك السبب أو يسبب آخر كصاحب القراش بسبب المرض إذا قتل (وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان الظهر أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق فكانت هذه الأشياء والزواج مريض لم ترث ، وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله إذا دخلت الدار) وهذا على وجهه : إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبية أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة ، وكل وجه على وجهين : أما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في المرض . أما الوجهان الأولان وهما إذا كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبية بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر ، فإن كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لأن القصد إلى الفراق قد تحقق منه مباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله ، وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث . وقال زفر رحمه الله ترث لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمتنجز فكان إيقاعا في المرض . ولنا أن التعليق السابق بصير تطبيقا عند الشرط حكما لا قصدا

الإنسان قلما يخلو عنه ، فأما من يذهب ويحجى ويحجم فلا وهو الصحيح ، فأما إذا أمكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح أنه صحيح ، هذا في حق الرجل . أما المرأة فإذا لم يمكنها الصعود إلى السطح فهي مريضة ، والمسلول والمفلوج والمقعد مادام يزداد ماله فهو غالب الهلاك وإلا فكالصحيح ، وبه كان يفتى برهان الأئمة والصدور الشهيد . وقيل إن كان لا يرجى برؤه بالتداوى فكالمريض وإلا فكالصحيح . وقيل ما كان يزداد أبدا ، لأن كان يزداد تارة ويقل أخرى ، ولو قرب للقتل فطلق . ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمرريض ترثه لأنه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالى بكونه بغيره . وأعلم أن قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفراق يقتضي إلحاق حالة الطلاق للحامل والمبارزة بحال الصحة إلا أن يبرز لمن علم أنه ليس من أقاربه ، فالأولى أن يعلق ما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الموت غالبا كما ذكره في المرض ، على أن غالبا متعلق بالخوف وإن لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتأمل ، وأما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الأصماء حكم المرض فقال الشافعية ولم أره لمشايخنا (قوله فأنت طالق) أى طالق بائن لأن الفراق يثبت به لا بالرجعى والله الموفق (قوله إما أن يعلق الطلاق الخ) ضبطه إما أن يعلقه بفعل أحد أولا . الثاني التعليق بنحو مجيء الغد والأول إما بفعل نفسه أو غيره ، وهما المرأة أو أجنبي ، والكل على وجهين : إما أن يكون التعليق ووقوع الشرط في المرض أو لشرط فقط . ففي التعليق بفعل الأجنبي ومجيء الوقت إن كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفراق بالتعليق في حال تعلق حقها بماله ، وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث . وقال زفر ترث لأن المعلق بالشرط كالمتنجز عنده فكان إيقاعا في المرض . ولنا أن التعليق السابق بصير تطبيقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا : يعني يسلم قول زفر إنه يصير كالمتنجز لكن حكما لا قصدا ، ولنا لو كان محبونا عند الشرط وقع ، ولو حلف بعد

الموت ما يكون سببا للموت ، ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ، ولكننا نقول : قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات ، وقد يكون للموت سببان فلا يثبت بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن ثابتا في ماله ، وقد بينا أن إرثها عنه يحكم الفراق وهو متحقق ههنا (وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) كلامه فيه واضح بسوى الفاظ . نذكرها (قوله أنت طالق) يعني بطلافا بائنا لأن حكم الفراق إنما يعطى إذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا . وقوله (وكانت هذه الأشياء) بمعنى : وجدت تامة لا تحتاج إلى خير . وقوله (بصير تطبيقا عند الشرط حكما لا قصدا) يظهر بمسئلتين :

ولا ظلم إلا عن قصد فلا يرد تصرفه. وأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل بما له منه بدّ أو لا بدّ له منه يصير فارا لوجود قصد الإبطال ، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض ، وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ فبذلك تصرفه دُعَا للضرر عنها . وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل بما لها منه بدّ ككلام زيد ونحوه لم تَرث لأنها راضية بذلك ، وإن كان الفعل بما لا بدّ لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين تَرث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا

التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يَحْتِثْ ، فلو كان تطبيقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الأول وحِثْ في الثاني ولأنه لم يكن فارا بالتعليق في الصحة وبمده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الأجنبي وعجىء الوقت فلا يكون ظالما . وأما في التعليق بفعل نفسه فَرُثْ على كل حال ، وإن كان فعل الشرط ليس له منه بدّ لوجود قصد الإبطال : إما بالتعليق إن كان في المرض ، أو بمباشرة الشرط إن كان التعليق في الصحة ، وكون الشرط لا بدّ منه غاية ما يوجب اضطرابه ، والاضطرار في جانب الفاعل لا يَبْنِي الضمان ، كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو أتلفه نائما أو غططا يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم ، وحققا صبار معصوما بمرضه فاضطراره إلى إبطاله يرد عليه تصرفه ، إلا أن هذا حكم القرار مع عدم القرار ، وما كان موجب الميراث إلا القرار ولا قرار مع عدم القصد . وقوله (وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ) ربما يعطى أن المنظور إليه في إثبات حكم القرار إذا كان الشرط لا بدّ منه التعليق ، ويستلزم أن لا يثبت القرار إلا أن يكون التعليق في المرض لكن ثبوت القرار مع كون الشرط لا بدّ منه في حالتي كون التعليق في المرض أو الصحة . وعلى الثاني لا يستقيم النظر إلى التعليق في إثبات القرار لأنه ليس في حال تعلق حقها . ويمكن أن يقال إنه اضطراب جاء منه حيث علق بما لا بدّ منه مع علمه بورد أسباب الموت ، ولأنه لا اضطرابه إلى الشرط يفعلها فكان حال التعليق راضيا بالشرط ، بل إنما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه . وأما التعليق بفعلها فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل بما لها منه بدّ ككلام زيد لم تَرث . وقوله (لأنها راضية بذلك) أى بالطلاق ، إذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط . وأورد عليه ما لو قال أحد الشريكين في العبد لشريكه إن ضربته فهو حرّ فضربه يعتق والضارب تضمنين الحالف فقد رضى

إحدهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فإنه يقع مع أن طلاق المجنون غير واقع ، فذل على أنه ليس بتطبيق قصدا . والثانية أن الرجل إذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يَحْتِثْ ، فلو كان تطبيقا قصدا لحِثْ . وقوله (والفعل بما له منه بدّ أو لا بدّ له منه يصير فارا) قيل عليه ينبغي أن لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بدّ له منه إذا كان التعليق في الصحة لأن الفعل إذا كان بما لا بدّ له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا تَرث . وأجيب بأن الاضطراب في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو إلى قتل الجمل المصائل فإنه يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصبة الجمل تكفي لإيجاب الضمان . وقوله (لأنها راضية بذلك) يعني صبار كأنه طلقها بسؤالها لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط . فإن قيل : لا تسلم ذلك فإن أحد شريكي العبد إذا قال لصاحبه إن ضربته فهو حرّ فضربه يعتق ، وللضارب ولاية تضمنين الحالف مع أن الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضا . أجيب بأن حكم القرار يثبت على خلاف القياس استحسانا بإخراج المصاحبة بشبهة العلوان ، فإنه روى عن عمر وعثمان وعلى

أو في العقبى ولا رضا مع المضطرب . وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ، فإن كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال أنه لا ميراث لها ، وإن كان مما لا بد لها منه فلكل الجواب عند محمد رحمه الله ، وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تراث لأن الزوج ألبأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آله له كما في الإكراه . قال (وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم تراث) وقال زفر رحمه الله تعالى عليه : تراث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ، ولكننا نقول : المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه يتعدم به مرض الموت فتبين أنه لاحق لما يتعلق بماله فلا يصير الزوج فاراً . ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي

بالشرط ، ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط إذا لم يكن مضطرا إلى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الإعاق فأنها موضوعة فيها إذا كان أحد الشريكين قال إن لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه إن ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الجالف لأنه مضطر إلى فعل الشرط ، وفعل الشرط مضطرا لا بد على الرضا . وأجاب الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العلوان فيبطل بما له شبهة الرضا ، ولا كذلك الضمان ، وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى لنفي حكم الفرار (وإن كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الأيوين) ومنه قضاء الدين واستيفاءه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة (قوله كما الإكراه) بأن أكره إنسانا على إتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن وينقل الفعل إليه ، فكذا هنا ، وكفعل القاضي فإنه ينقل إلى الشاهدين حتى يضمنان إذا رجعا لأنه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق . وفي مبسوط فخر الإسلام : الصحيح ما قاله محمد (قوله فلا يصير الزوج فارا) يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص إنما يتحقق شرعا بالإبانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق إلا في مرض موته ، وقد ظهر خلافه . أو نقول : هو بطلان فإر لكن الفرار إنما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة (قوله ولو طلقها) أى باننا

وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضا لشبهة الرضا ، ولا كذلك حكم الضمان ، وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فيكفى ذلك لنفي حكم الفرار . وقوله (أو في العقبى) راجع إلى صلاة الظهر . قيل إنما خصها بالذكر وإن كان جميع المكتوبات فيه سواء لأنها أول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان الفهم في النظر إلى الأول أسبق . وقوله (فلكل الجواب عند محمد) أى لا تراث المرأة لأنه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا ينهم بالقصد إلى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع ، غاية ما في الباب أن يتعدم رضاها إذ فعلها باعتبار أنها لا تجد مندبدا ، فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر ، وقد بينا أن هناك لا تراث إذا كان التعليق في الصحة ، فلكل ههنا لما أن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا . فإن قيل : في هذا مناقضة من جانب زفر لأنه قال فيما تقدم إن المعلق بالشرط كالمتجز فكان إيقاعا في المرض . فالجواب أن معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لأن الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلاصنع بخلاف ما تقدم فإن الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار . وقوله (لأن الزوج ألبأها إلى المباشرة)

(قوله وقوله أو في العقبى راجع إلى صلاة الظهر) أقول : وأيضا راجع إلى كلام الأيوين (ولو طلقها فارتدت) أى لو طلقها ثلاثا أو باننا فإنه إن لم يظهر أثر الثلاث والبيونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابله من مسألة المطالبة فلها إما تراث في المطالبة بعد البيونة وأما إذا طارعت ابن زوجها حال قيام التكاثر أو بعد الطلاق الرجعي فلا تراث لوقوع الفقرة بالمطالبة .

في العدة لم ترث ، وإن لم ترث بل طاعت ابن زوجها في الجماع ورثت . ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث إذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الأهلية ، وبالطاعة ما أبطلت الأهلية لأن الحرمة لاتنافي الإرث وهو الباقي ، بخلاف ما إذا طاعت في حال قيام النكاح لأنها تثبت الفرق فتكون راضية بطلان السبب ، وبعد الطلقات الثلاث لاتثبت الحرمة بالطاعة لتقدمها عليها فافترا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاحن في المرض ورثت. وقال محمد رحمه الله لا ترث ، وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعا) وهذا ملحق بالتعلق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى الخصومة لنفخ عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه (وإن آتى وهو صحيح ثم بانث بالإيلاء وهو مريض لم ترث ، وإن كان الإيلاء أيضا في المرض ورثت) لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالية

ثلاثا أو غيره في مرضه ، وهذا لأنه فرّع على هذا الطلاق نفسه مسئلة الطاعة وقال إنها ترث ، ولا يتفرع إرثها عليه إلا إذا كان باثنا لأنها إذا طاعة بعد الرجعي لا ترث كما لو طاعته حال قيام النكاح (قوله لم ترث) بخلاف التفقة فإنها بالردة تسقط ثم بالإسلام تعود لأنها معتدته (قوله لأن الحرمة لاتنافي الإرث وهو الباقي) بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لأن الحرمة لاتنافي الإرث بل تثبت معه كما في الأم والبنات فإنما تنافي النكاح خاصة فيبقى الإرث لعدم المزيل فخرج ضمير وهو الباقي الإرث (قوله في حال قيام النكاح) أي حالة المرض (قوله فتكون راضية بطلان السبب) وهو النكاح وذلك رضا بطلان المسبب (قوله لتقدمها عليها) أي لتقدم الحرمة على الطاعة لحصولها بالطلاق السابق عليها (قوله وقد بينا الوجه فيه) وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة : أي مباشرة الشرط ، ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل . والأوجه كونه قوله بعد ذلك لأن الزوج أُلجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه الخ ، لأن الأول ذكره في صورة ما إذا كان التعلق والشرط في المرض ، وما ذكرنا ذكره في صورة ما إذا كان التعلق في الصحة والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه ، فإن القذف كان في الصحة واللعان في المرض . وقوله (إذ هي ملجأة إلى الخصومة) ظاهر في أن الملحق بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها : أي مطالبتها بموجب القذف لأنه به يندفع العار ، ولو جعل لعانها صح أيضا إذ هي ملجأة إليه من قبله إذ لعانها يلجئها إلى لعانها . لا يقال : هو أيضا ملجأ إلى لعانها من قبلها لأن الإلجاء في الكل يعود إليه لأنه أُلجأها إلى الخصومة وأثرها لعانها فكان لعانها منسوباً إلى اختياره ، فهي وإن باشرت آخر جزأى مدار القرقة وهو ماتمسك به محمد : يعني لأن لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها إليه . وقيل في وجه قول محمد القرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله ، ولا يخفى أنه سبب بعيد . ثم قيل على الأول إن سبب القرقة قضاء القاضي لا اللعان . وأجيب بأنه

أي إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها . وقوله (لأن رمية لاتنافي الإرث) يعني بل تنافي النكاح كما في الأم والأخت . وقوله (وهو) يعني الإرث هو (الباقي) وقوله (فتكون راضية بطلان السبب) أي سبب الإرث وهو النكاح (قوله وقال محمد : لا ترث) قيل لأن الطلاق إنما يقع بعانها لأنه أخبر اللعانين ، وكان آخر المدارين . فلان قيل : للفرقة إنما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين . أجيب بأن اللعان شهادة عندنا على ما يأتي ، والحكم إما يثبت بالشهادة لا بالقضاء . ووجه قولهما أن القرقة وإن كانت تقع بعانها إلا أنها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها وكان ملحقاً بفعل لا بد لها منه (وقد بينا الوجه فيه) أي في الفعل الذي لا بد لها منه وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة . وقوله (وإن آتى وهو صحيح) ظاهر

عن الواقع فيكون ملحقاً بالتعليق بمجىء الوقت وقد ذكرنا وجهه. قال (والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به

الرجعة) للقاضي إلى الحكم والحكم لا يستند إلا إلى الشهادة والاعان هو الشهادة المملجة (قوله فيكون ملحقاً بالتعليق بمجىء الوقت) كأنه قال في صحته إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق بائن فقضت في مرضه ثم مات فيه لاثرت، كما لو علق في صحته بأمر سواي ووجد الشرط في المرض لا يكون فاراً. وأورد عليه أن الإيلاء في الصحة أبس مثل التعليق بمجىء الوقت بل نظير ما لو وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فاراً لأنه متمكن من عزله، فإذا لم يعزله كان فازاً كذا هنا هو متمكن من إبطال الإيلاء في المرض بالقيء، فإذا لم يفعل ينبغي أن يكون فاراً. أجب بالفرق بأنه لا يتمكن من إبطال الإيلاء إلا بضرب يلزمه، فإن القيء باللسان لا يجوز إذا كان الإيلاء في حال الصحة، بل إذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل (قوله في جميع الوجوه) أي سواء كان الطلاق بسؤالها أو لا، أو كان التعليق بفعلها أو بفعله، والفعل عما لها منه بد أولم يكن لا يستثنى من عمومها إلا قيام العدة فإنه مشروط فيهما جميعاً.

[فروع] قال صحيح لموطأ فيه إحدا كما طالق ثلاثاً ثم بين في مرضه في إحداها صار فاراً بالبيان، وترث لأنه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده، كما لو أنشأ فجعل إنشاء في حق الإرث التهمة. ولومات إحداها قبله ثم مات تعينت الأخرى ولم ترث لأنه بيان حكى فانتفت التهمة عنه، كما لو علق في صحته بمجىء رأس الشهر فجاء وهو مريض لاثرت، بخلاف ما قبلها لأنها تعينت للطلاق بفعله فترث، كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض، فإن كان له امرأة أخرى غير التنتين فلها نصف الإرث إذ لا يزاحمها إلا امرأة واحدة لأن إحداها مطلقة يبين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق، ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانقضاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الإرث بالموت، وكان الإرث للأخرى لأن التعيين دون الإنشاء. ولو أنشأ في مرضه ثم مات المطلقة كان جميع الإرث للأخرى، كذا هنا. ولو كانت له امرأة أخرى كان بينهما نصفين وإن ماتت الأخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الإرث لأن البيان إنما يطل صيانة حقها الثابت ظاهراً وحقها الثابت ظاهراً وقت البيان النصف فلم ترد عليه وهذا لأنها منكوبة من وجهه فلا تستحق إلا النصف، حتى لو كان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة أرباع المرأة الأخرى، لأنها إنما أبطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها في الربع فكان للمعينة الربع، ولأن الأخرى منكوبة من كل وجه فستستحق كل الإرث وهي منكوبة من وجه فستستحق نصفه، فسلم النصف للأخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فيقتصف بينهما، فإن لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت إحداها لأقل من سنتين فهو ليس ببيان وبق الزوج على خياره لأن العلق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وذا لا يصلح بياناً فلا يكون بياناً بالشك إذ لا يقع الطلاق بالشك وبثب النسب لاحتمال العلق قبل الطلاق، فإن نفي الزوج هذا الولد أمر بالبيان، فإن قال عتبت عند الإيقاع التي لم تلد يلاعن بينه وبين التي ولدت ويقطع

(قوله وقد ذكرنا وجهه) يريد قوله ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقاً الخ. فإن قيل: لا نسلم أن الإيلاء نظير تعليق الطلاق بمجىء الوقت إن كان التعليق في الصحة لما أنه متمكن من إبطال الإيلاء بالقيء، فإذا لم يطل في حالة المرض صار كأنه أنشأ الإيلاء في المرض. وهناك ترث فكنلك ههنا، وكان نظير من وكل وكيلاً بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فاراً لتمكنه من العزل، فإذا لم يعزل جعل كأنه أنشأ فكنلك ههنا. أجب بأن

في جميع الوجوه) لما بينا أنه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائماً . قال (وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات وهي في العدة) وقد بيناه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

نسب الولد منه ويلحق بالأم لأنه قذف منكوحة ، وإن قال عنت التي ولدت يجد لأنه لما كان مراده وقت الإيقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين أنه قذف أجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان ، فإن قال لم أعن عند الإيقاع أحدا ولكن أريد بالمهم التي ولدت لا يجد لأنه قذف منكوحة لأن الطلاق يقع وقت التعيين ولا يلاعن أيضا لأن شرطه قيام النكاح وقد زال بالنيان والنسب ثابت لما مر ، وإن ولدت لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع تعينت الأخرى للطلاق لثبوتها بالوطء بعد الطلاق ، وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم يكون الوطء منه ضرورة ، والوطء بعد الطلاق الميهم بيان إجماعا وتعينت التي ولدت للنكاح ، فإن نفي الولد لأعن ولا يقطع النسب عنه لأن حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه ، فإن ولدت إحداها لأكل من سنتين من وقت الإيقاع والأخرى ولدت لأكثر من سنتين تعينت صاحبة الأكل للطلاق لأن وطأها لا يصلح بيانا ووطء صاحبة الأكثر يصلح بيانا ، وهذا لأن المولود لأكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق الميهم يبين لأن الولد لا يبين في البطن أكثر من سنتين ، أما علوق الأخرى فشكوك فيه فلا يكون بيانا ، وعدة صاحبة الأكل تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الأكثر بعدها أكثر من ستة أشهر لثبوتنا أن علوق صاحبة الأكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الأكل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحمل تنقضي بوضع الحمل ، وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الأكل بالحيض لاحتال أن وطء صاحبة الأكثر كان بعد ولادة صاحبة الأكل ، وإذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا ، وإن أقر الزوج بوطء صاحبة الأكل أولا طلقت صاحبة الأكثر بإقراره ، ولا يصلح في صرف الطلاق عن صاحبة الأكل فطلقتا ، كن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعينها طلقتا ، وإن ولدت كل واحدة لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق في الأخرى ، فإذا ولدت الأخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها إلى غيرها ، وصار كما إذا وطئ إحداها ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرها كذلك ، وثبت نسب الولدين . أما ولد الأولى فظاهر ، وكذا ولد الثانية لاحتال وطئها قبل علوق الأولى ، وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل . ولو قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لأنها حكمتا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة ، وهذا لأنه يحتمل أنه وطئها قبل ولادة الولد الأول ولم يصل الماء إلى رحمها لانسداد قه ، فإذا وضعت الحمل افتتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث ، لأن تلك الحال حال نزول الثلاث والشيء في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطا فيعتلق انقضاء العدة بوضع الحمل ، ولا يجب العقر لأننا جعلناه معلقا حال قيام النكاح ، والله أعلم من الكافي .

الفرق بينهما ثابت وهو أنه لا يمكنه إبطال الإبلاء إلا بضرب يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا ، بخلاف مسئلة الوكالة . وقوله (في جميع الزوج) يعني سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها ، وسواء كان التعليق بفعله أو بفعله ، وسواء كان الفعل لما عمله منه بد أو لم يكن ، والباقي واضح والله أعلم .

(قوله لا يضرب يلزمه) أقول : وهو وجوب الكفارة عليه .

(باب الرجعة)

(وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيتم بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف - من غير فصل

(باب الرجعة)

وجه المناسبة في إعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر ، والرجعة تتملى ولا تتمدى ، يقال رجع إلى أهله ورجعته إلى أهله : أى رددته ، وقال الله تعالى - فإن رجعتك الله إلى طائفة منهم - ويقال في مصلده أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء ، وربما قالوا إلى الله رجعتك (قوله رجعية) الرجعى أنطلق المدخول بها مادون الثلاث بلا مال ، أو مادون الثنتين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف والمشبه ببعض الكتابات المخصوصة على ما تقدم في الكتابات . وأما تقييده باللفاظ الثلاثة فلا لما قدمناه من كتابات رجعية غيرها فما فقد شيئا من هذه فليس برجعى كالثلاث وغالب الكتابات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقيل الدخول لأنها لإعادة لها قبله فلا تصحور الرجعة ، والموصوف والمشبه مستدركان على ما في النهاية وغيرها (قوله لقوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف -) بعد قوله - إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن - ثم قوله فإذا بلغن أجلهن (- والمراد ببلوغ الأجل قرب انقضاء العدة : أى قرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن الرجعة بعد الانقضاء . في الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لإعادة الزائل ، وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لأن الأمر مطلق في التقديرين ، وقوله تعالى - ويعولتن أحق برهن - ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقا : أى هو الذى له حق الرجعة وإن أبت هى وأبوا ، وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التصريط في حقه من النكاح لا لغيره لأنه له ولغيره وهو أحق منه ، وفي اشتراط العدة إذ لا يكون بعدها بعلا ، وهو ما يدل على قيام النكاح أيضا ، وقدمنا في باب إيقاع الطلاق أن إطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لأن الرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد . يقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالمعيب ، ولو تعارضا كان حل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتأيد إرادة حقيقة البعل بجعل الرجعة إمساكا في قوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف - أو نقول : يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد

(باب الرجعة)

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعاً أخرها وضعاً ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أفصح ، وهى عبارة عن استدامة ملك النكاح . ولها شرائط : إحداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكتابة كما تقدم . والثانية أن لا يكون بمقابلته مال . والثالثة أن لا يستوفى الثلاثة من الطلاق . والرابعة أن تكون المرأة مدخولا بها . والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لأحد ثبوتها بالكتاب والسنة والإجماع

(باب الرجعة)

(قوله ولها شرائط ، إلى آخر قوله : والخامسة أن تكون العدة قائمة) أقول : وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف إلا شرط المدخولية .

ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك ، ألا ترى أنه متى إمساكاً وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها (والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتى) وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة . قال (أويطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة) وهذا عندنا

الرد إلى الحالة الأولى وهي كونها بحيث لا تحرم بعد مضي العدة فلا إشكال حينئذ أصلاً (قوله ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة) إمساك على الوجه الذى كان أولاً وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة ليستدام ، وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها . أجب بأن اشتراط قيامها ضرورى لما قلنا (قوله وهذا صريح) ألفاظ الرجعة صريح وكتابة ، فالصريح راجعتك في حال خطابها وراجعت امرأتى في حال غيبتها وحضورها أيضاً ، ومن الصريح أرتجعتك ورجعتك وردتلك وأمسكتك . وفي المحيط : مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان ، فهذه يصير مرجعاً بها بلا نية ، وفي بعض المواضع يشترط في ردتلك ذكر الصلة فيقول إلى أو إلى نكاحى أو إلى عصمتى ، ولا يشترط في الارتجاع والمرجعة وهو حسن إذ مطلقه يستعمل لضد القبول . والكتابات أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مرجعاً إلا بالنية ، لأن حقيقته تصدق على إرادته باعتبار الميراث . واختلفوا في الإمساك والنكاح والتزوج ، فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند أبي حنيفة ، وعند محمد هو رجعة ، وعن أبي يوسف روايتان ، قال أبو جعفر : ويقول محمد تأخذ . وفي البنايع عليه الفتوى ، وكلنا في القنية . وجه قول أبي حنيفة أن تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما في ضمنه . قلنا : نحن لا نعتبره باعتبار ما في ضمنه بل باعتبار لفظ التزوج مجازاً في معنى الإمساك . وفي النخبة : لو قال راجعتك بمهر ألف درهم إن قبلت صبح وإلا فلا لأنها زيادة في المهر فيشترط قبولها . وفي المرخنيان والحاوى قال : راجعتك على ألف ، قال أبو بكر : لا يجب الألف ولا تصير زيادة في المهر كما في الإقالة (قوله ولا خلاف فيه بين الأئمة) كأنه لم يعتبر أحد قول مالك خلافاً ، فإنه ذكر في الجواهر في حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما في نكاح المازل (قوله أو يقبلها أو يلمسها بشهوة) (يحمل كون الشهوة قيداً في اللمس لانيهما لأنه أفرد النظر إلى الفرج بقيد الشهوة ، فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل . وفي الميسوط والنخبة : التقبيل بشهوة والنظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة ، ولم يقيد التقبيل في الكتاب . وأما النظر إلى ذبها فليس برجعة على قياس قول أبي حنيفة . وفي البدائع وهو قول محمد المرجوع إليه ، وفي بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة ، فدل أنها لا يكونان رجعة . وفي الخلاصة أجمعوا على أنه لو مكأها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة ثبتت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة ، لكن قولهم في الاستدلال إن الفعل يصلح دليلاً على الاستدامة والدلالة إنما تقوم بفعل ينخص بالنكاح : أى ينخص حكمه به يفيد عدم

(و) ألفاظ (الرجعة أن يقول راجعتك) إن كان في حضرتها (أو راجعت امرأتى) في الغيبة بشرط الإعلام أو في الحضرة أيضاً ، أو يقول ردتلك أو أمسكتك ، أو يقول أنت عندى كما كنت ، أو أنت امرأتى إن نوى الرجعة ، ولا خلاف لأحد في جواز الرجعة بالقول . وأما بالفعل مثل أن (يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة) فهي صحيحة (عندنا) .

(قوله بشرط الإعلام) أقول : فيه أن الإعلام نصب ليس بشرط كما سيجيء .

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه : لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها ، وعندنا هو استدامة النكاح على مايناه واستقره إن شاء الله تعالى ، والفعل قد يقع دالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار ،

اشتراطها في القبلة لأن القبلة مطلقا يختص حكمها به ، بخلاف اللبس والنظر فإنهما لا يختصان به إلا إذا كانا عن شهوة لما يذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ، ولا يكون النظر بشهوة إلى غير داخل الفرج منها رجعة . هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها أو منه في كونه رجعة إذا كان ماصدا منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا ، فإن كان اختلاسا منها بأن كان نائما مثلا لا يتمكينه ، أو فعلته وهو مكروه أو معتوه ذكر شيخ الإسلام وشمس الأئمة أن على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة بخلافه لآبي يوسف انتهى . وعن محمد كقول أبي يوسف . وذكر أن أبا يوسف مع أبي حنيفة . وجه الأول الاعتبار بالمصاهرة لافرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها أو منه ، وكذا إذا أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقا ، كالحارية المبيعة بشرط الخيار للبائع إذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار بنفسه يفسخ البيع . وأبو يوسف فرق بأن إسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما إذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط . وعن أبي يوسف أيضا أنه قال في الحارية لا يسقط الخيار بفعلها ، هذا إذا صدها الزوج في الشهوة ، فإذا أنكر لا تثبت الرجعة ، وكذا إن مات فصدقها الورثة ، ولا تقبل البينة على الشهوة لأنها غيب ، كذا في الخلاصة . ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة إلا عند زفر وأبي يوسف في رواية ، وتركه المسافرة بها ككراهة خروجها من المنزل ، وعن أبي حنيفة لا تركه . ويأتي الكلام في ذلك (قوله مع القدرة) احتراز عن الأخرس ومعتقل اللسان (قوله لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ) الحاصل أن الخلاف هنا مبنى على أن الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل . قلنا بالأول وقال بالتاني ، وعلى هذا يبنى حل الوطء وحرمة ، فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه ، وإنما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها ، وعنده لإنشاء النكاح من وجه واستيفاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطا ، وعلى هذا يبنى أن الإشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول له لأنه لإنشاء النكاح من وجه كذا في النخبة (قوله على ما بيناه) يعني قوله ألا ترى أنه يسمى إمساكا (قوله واستقره) أي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا أنها : أي الزوجية قائمة إلى آخره ، وهناك نتكلم عليه (قوله كما في إسقاط الخيار) يحصل بالفعل المختص

وقال الشافعي : لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه ، لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح (لثبوت الحل بها ، وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه ، فكان الوطء حراما كما في ابتداء النكاح . وقلنا : هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا ، وهو إشارة إلى قوله : ألا ترى أنه يسمى إمساكا وهو الإبقاء . وقوله (واستقره) إشارة إلى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا إنها قائمة حتى يملك مراجعتها الخ . وقوله (والفعل قد يقع دالة على الاستدامة) جزء الدليل . وقوله (كما في إسقاط الخيار) دليله . وتقريره : الرجعة استدامة الملك ، والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في إسقاط الخيار ، فإن من باع جارية على أنه

(قوله وقال الشافعي رحمه الله : لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه الخ) أقول : لا يمتنع عليك ما في هذا التقرير (قوله والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة) أقول : ظاهره استنتاج من

والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الأفاعيل تختص به خصوصاً في الحرة ، بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرها ، والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكين والزوج يسكنها في العدة ، فلو كان رجعة لطلقتها فتطول العدة عليها . قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ،

بالمالك كن باع أمته على أنه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلاً على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره ، فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقية يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى ، لأن البيع معه يزول الملك إلى ثلاثة أيام ، والطلاق يزوله إلى ثلاث حيفس فكان أضعف في زوال الملك من البيع . ويقولنا قال كثير من الفقهاء . قال ابن المنذر : الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهرى والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي . وقال مالك وإصحاق : إن أراد به الرجعة فهو رجعة (قوله خصوصاً في الحرة) فإنه لا سبب لحلها فيها مطلقاً إلا النكاح ، بخلاف الأمة فإنه يحل فيها بأمرين (قوله وغيرها) كالحائنة والشاهد على الزنا (قوله فلو كان) أي النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقتها لأن مقصوده الطلاق ، وهذا التعميم يفيد أن النظر إلى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزادات . واختلقوا في الوطء في الدبر ، أشار القنورى إلى أنه ليس برجعة ، والفتوى على أنه رجعة إذ هو مس بشهوة وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها ، ورجعة المحنون بالفعل ولا تصح بالقول . وقيل بالعكس ، وقيل بهما . ولو طلقتها بعد الخلوة ثم قال وطئها وأنكرت له الرجعة . ولو قال لم أدخل بها لارجعة له عليها . وتعلق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح ، والمستحب أنه يراجع بالقول . وفي التاييب : الرجعة سنية وبدعية ،

بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها سقط الخيار ، كما إذا أسقط بالقول ، بل هنا أولى لأنه في البيع يحتاج إلى رفع السبب المذيل وهو البيع ، أما ههنا فلا يحتاج إلى رفع الطلاق بل يحتاج إلى دفع ما لولاه لزال والدفع أسهل من الرفع . ولما كان الثابت بالدليل أن بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج إلى أن يعينه فقال (والدلالة) أي الدليل (فعل يختص بالنكاح ، وهذه الأفاعيل تختص بالنكاح) فتقع دلالة . وقوله (خصوصاً في الحرة) لبيان أن حل الاستمتاع بها ليس إلا بالنكاح ، وأما في الأمة فيحل به وبملك الميمين أيضاً (بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب) والحائنة ، والشاهد في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة ، (والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكين والزوج يسكنها في العدة ، فلو كان النظر إليها رجعة لطلقتها فتطول العدة عليها) وفيه ضررها فلا يجوز لقوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرراً ليعتدوا - قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة) إذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنتين

الشكل الثاني مع توافيق المقيمين في الكيف ، لكن لك أن تقرره على هذه الصورة : الرجعة استدامة الملك ، وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلاً عليه (قوله فلا يحتاج إلى رفع الطلاق الخ) أقول : بل هو باق جكاً ولهذا يملكها بعده بالثنتين إذا لم تزوج بآخر (قوله بل يحتاج إلى دفع ما) أقول : وهو انقضاء المدة على تلك الحال (قوله لولاه) أقول : أي لولا دفعه (قوله لزال) أقول : يعني النكاح (قوله وهذه الأفاعيل تختص به الخ) أقول : استنتاج من الشكل الثاني مع توافيق المقيمين في الكيف .

فإن لم يشهد صحت الرجعة) وقال الشافعي رحمه الله في أحد أقواله لاتصح ، وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى - وأشهدوا ذوي عدل منكم - والأمر للإيجاب . ولنا إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد ، ولأنه استدامة للنكاح ، والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الإيلاء ، إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها ، وما تلاه محمول عليه ، ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب

فالسنية بالقول (قوله وهو قول مالك) المذكور في كتبهم أنها تصح بلا إشهاد وأنه مندوب إليه ، وكذا في شرح الطحاوي كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه ، وكذا المنسوب إلى الشافعي قول له غير معمول به عند أصحابه فإنه قال في البسيط وفي الجليل للشافعي : الإشهاد مستحب ، وفي الروضة لم يمس بشرط على الأظهر (قوله ولنا إطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الإشهاد) كقوله تعالى - الطلاق مرتان فإمساك معروف أو تسريح بإحسان - وقوله - فأمسكوهن بمعروف - وقوله تعالى - ويعولن أحق بردهن - وقوله - فلا جناح عليهما أن يرتاجعا - وقوله صلى الله عليه وسلم « من ابتك فليراجعها » وهذه النصوص ساقطة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل وماتل فليس بدليل عليه إذ الأمر فيه للتدب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف أو فارقهن بمعروف ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله - وأشهدوا ذوي عدل منكم - واللفظ الواحد لا يرد به معناه الحقيقي كالوجوب فيها نحن فيه والمجازي كالندب ، فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يرد به ذلك أيضا بالنسبة إلى الآخر ولا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة التدب بالنسبة إلى المفارقة فلم يرد به إرادته أيضا بالنسبة إلى المراجعة ، فيكون التدب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا . أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا يَنْهَضُ هذا عليه إلا بانتهاض الأصل المذكور، وقد بيناه على وجه يدين فيه كتيبناه في الأصول، ومع هذا التقرير لا حاجة

إشهادا على " بأن قد راجعت امرأتى (وإن لم يشهد صحت الرجعة . وقال الشافعي في أحد أقواله : لاتصح ، وهو قول مالك) وهو غريب لأنه لا يوجب الإشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة (لهما قوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم - والأمر للإيجاب . ولنا إطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الإشهاد) وهو قوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف - وقوله تعالى - الطلاق مرتان فإمساك معروف - وقوله تعالى - ويعولن أحق بردهن - وقوله تعالى - فلا جناح عليهما أن يرتاجعا - وقوله عليه الصلاة والسلام « من ابتك فليراجعها » وقوله (ولأنه) أى الرجعة بمعنى الرجوع أو على تأويل المذكور (استدامة للنكاح) . كما تقدم ، والاستدامة إنما هي حالة البقاء (والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء) بالاتفاق فكانت (كالتى " في الإيلاء) في أن الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء (إلا أنها) أى الشهادة (مستحبة لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها) أى في الرجعة (وما تلاه) يعنى من قوله تعالى - وأشهدوا ذوي عدل منكم - (محمول عليه) أى على الاستحباب دفعا للتناكر ، فكان الأمر للإرشاد إلى ما هو الأوفق به كما في قوله تعالى - وأشهدوا إذا تبايعتم - بدليل أنه قرنها بالمفارقة حيث قال - أو فارقهن بمعروف وأشهدوا - (وهو) أى الإشهاد (فيها) أى في المفارقة (مستحب) فكلا في الرجعة . واعترض بأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كما في قوله تعالى - وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة . وأجيب بأن ذلك فيها إذا حكم على إحدى الجملتين المتقاربتين بحكم الجملة الأخرى ، وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها ، وإنما تقبها جملة أخرى تملكت بهما وإحداها تقتضى تملقها بها من حيث الاستحباب ، فلكذلك الأخرى لتلازم

ويستحب أن يعلمها كي لاتقع في المعصية (وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقتها فهي رجعة . وإن كذبتة فالقول قولها) لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال فكان منها إلا أن بالتصديق ترتفع الهمة ، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح (وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت بحجة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا : تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهرا إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ، ولهذا لو قال لها طلقك فقالت بحجة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولا في حنيفة رحمه الله أنها صادفت حالة

إلى إيراد أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل أصلا ٢ (قوله كي لاتقع في المعصية) قيل عليه لامعصية بدون علمها بالرجعة . ودفع بأنها إذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الأمر . واستشكل من حيث إن هذا إيجاب للسؤال عليها وإثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها ، وليس السؤال إلا للدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق علمه فهو وزان لإعلامه إياها إذ هو أيضا مثل ذلك ، فإذا كان مستحبا لأنه تصرف في خالص حقه فكذا سؤلها يكون مستحبا لأنها في النكاح كذلك . ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت بأخر فهي امرأة الأول محل بها الأول ١ أولا (قوله وإذا انقضت العدة الخ) هنا مستثنان : الأول إذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها . والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الإنشاء . أما الأولى فلما أن تكون المرأة أمة أوحرة ، وكل منهما إما أن تصدقه أو تكذبه .

استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين (ويستحب أن يعلمها) بالرجعة ، لأنه لو لم يعلمها لربما تقيم المرأة في المعصية فلما إذا تزوج بناء على زعمها أن زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها وبطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها الذي أوقعها فيه مسيئا بترك الإعلام ، ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لأنها استدامة للقائم وليست بإنشاء ، فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه ، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير . فإن قيل : كيف تكون عاصية بغير علم ؟ أجيب بأنها إذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية لأن التقصير جاء من جهتها (وإذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها في العدة ، فإن صدقته فهي رجعة ، وإن كذبتة فالقول قولها لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال) وكل من فعل كذلك فهو مبهم ، وذلك يقتضى أن لا تصح الرجعة وإن صدقته أيضا (إلا أن بالتصديق ترتفع الهمة ، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وقد مر في كتاب النكاح ، وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت بحجة له قد انقضت عدتي) فاما إن قالت ذلك متصلا بكلام الزوج أو بعد مكث فإن كان الزوج تصح الرجعة بالاتفاق وإن كان الأول لم تصح عند أبي حنيفة خلافا لهما : قالوا : الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا إلى أن تخبر ، وقد سبق الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لاعمالها (ولهذا لو قال لها طلقك فقالت بحجة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولا في حنيفة أنها صادفت حالة

(قوله فكانت عاصية زوجها أوقعها فيه مسيئا الخ) أقول : من قبيل حذف الموصول (قال المصنف : وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت بحجة له قد انقضت حلق لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول : قال الزيلعي وابن المدام : تستطف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها به . فليصح لأن الرجعة صحت عندها فعلم تستطف المرأة ؟ وجوابه أن المراد أنها لو قال كما قال

الانقضاء لأنها أمانة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومثله الطلاق على الخلاف. ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

في الحرة إن صدقته ثبت الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى ، وإن كذبت لا تثبت لأنه أخير والخير مجرد دعوى تملك بضمها بعد ظهور انقطاع ملكه ، ومجرد دعوى ملك في وقت لا يملك إنشاء فيه لا يجوز قبولها مع إنكار المدعى عليه إلا بينة ، بخلاف ما إذا كان ذلك في وقت يمكن فيه إنشاؤه كأن يقول في العدة كنت راجعتك أمس تثبت وإن كذبت لأنه ليس منهما فيه يمكنه من أن ينشئه في الحال أو يجعل ذلك إنشاء إن كانت الصيغة تحتمله ، فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق للملكة الإنشاء ، وبعد ما يبلغ العزل لو أخبر ببيعه سابقا وكذبه المالك لا يقبل قوله إلا بينة لأنه منهم حيث لم يجز قبل ذلك ، ثم لا تخلف المرأة إذا كذبت بل تذهب إلى حالها بلامين عند أبي حنيفة ، وهي إحدى الأشياء الستة التي لا يعين فيها عنده وفي الأمة إذا كذبت وصدقه المولى فالقول لها عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وإن صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى . واختلف في قول أبي حنيفة ، والصحيح أنه كقولهما ، وستأتي أوجه الأقوال في الكتاب فإنه فصل بين قوله للحرة وبين قوله للأمة بالمسئلة الثانية . وهي إذا قال قبل الانقضاء فلتوافقه فنقول : وأما المسئلة الثانية ، فإن قالت عجيبة انقضت عدتي مفصولا تثبت الرجعة اتفاقا لأنها مهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ، ولو قيل وجب إحالتها على أقرب حال التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن ، وإن قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة . ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء ، فلو لم تحتمل تثبت الرجعة إلا إذا ادعت أنها ولدت وثبت ذلك . وعندهما تصح الرجعة لأنه أنشأها حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا ما لم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقك فقالت عجيبة انقضت عدتي لحقها طلاق أخرى ، وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لأنها أمانة في الإخبار شرعا فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح ، كما لا يقع الطلاق في قوله طالق مع انقضاء عدتك ، وعلى هذا لو اتفق أن يخرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة ، ومثله الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده . قيل والأصح أنه يقع لأنه موافق له لإقراره بالوقوع في حق نفسه ، ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقرارا ، فإذا ظهر أنه أنشأ في وقت لا يصح ينبنى أن لا يقع . نعم لو عرف أن

الانقضاء لأنها أمانة في الإخبار عن الانقضاء) إذ لا يعلم ذلك إلا بإخبارها وقد أخبرت بذلك ، والإخبار يقتضي سبق الخبر عنه ولا دليل على مقدار معين (وأقرب أحواله حال قول الزوج) فإذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة . ولا نسلم أن مسألة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ، ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره

أبو حنيفة رحمه الله من علم صحة الرجعة ، ونظير ذلك في المزاورة فراجعهما (قوله والإخبار يقتضي سبق الخبر عنه الخ) أقول : الظاهر سبق الخبر به والإخبار عنه هو المدة وليس سبقه من المقصود في شيء ، ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتي في تأويل حصل الانقضاء ، أو يقال المراد سبق الخبر عنه مصفا بالخبر به .

(وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها : قد كنت راجعها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : القول قول المولى) لأن بضعا مملوك له ، فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح ، وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها ، فكذا فيما يبتنى عليها ، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى ،

مقتضى الفقه كون إيقاعه وجد في حال الانقضاء فليح وقال لا اعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لأنه مقر على نفسه . والأوجه فيما إذا ادعى صحتها إن طلقك ونحوه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء يحتمله لتقدم الطلاق الأول وراجعته بالعكس . فإن لم يسلم هذا فالتمويل على المنع يوستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها . والفرق لأبي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن إلزام العيين لفائضة النكول وهو يدل عنده وبطل الامتناع عن الزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز ، بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء الستة فإن بطلها لا يجوز ، ثم إذا نكحت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب يشهاده القابلة بناء على شهادتها بالولادة (قوله وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة تدكنت راجعها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول لها عنده ، وقالوا : للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه) وهو منافع بضعا للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح . ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج راجعها في العدة لأنه ينفرد بإنكاحها حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل لإقراره عليها ، بخلاف إقراره بتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول إن حكم الرجعة من الصحة وعندها يبنى على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمانة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا ، فكذا فيما يبنى عليها ، وفيه نظرا إذا لاملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونها لها فيما يبنى عليها إلا إذا وقع لازما لوجود قولها في العدة قولاً : أى بأن تدعى فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعندها لازما لذلك ، لأن كون القول قولها فيها مائتة إلا لأجل أن القول لها في المستلزم لا معنى تقتضيه فيها ، وهذا لا يقتضى سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى . يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها ، وإنما ادعى في حال كونه لأملاك له عليها أنه راجعها قبل الانقضاء ، وهي منكورة أن يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها (قوله ولو كان على القلب) بأن كذب المولى وصدقه فالقول للمولى بالاتفاق .

بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به (وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعها) زنى في العدة ، فلما أن يصدقه المولى والأمة أو يكذبها ، أو يصدقه المولى وتكذبها الأمة أو بالعكس ، فإن كان الأول صحت الرجعة بالاتفاق ، وإن كان الثاني لم تصح بالاتفاق إلا إذا برهن ، وإن كان الثالث وليس له بينة (فالقول قولها عند أبي حنيفة ، وقالوا : القول قول المولى لأن البضع مملوك) له بعد انقضاء العدة ، معناه منافع البضع ، فكان الإقرار بها للزوج إقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له ، وكان الإقرار عليها بالنكاح ، بأن يقر بأنه زوج أمته من فلان (وهو) أى أبو حنيفة (يقول حكم الرجعة يبنى على بقاء العدة) وانقضائها ، وكل ما يبنى على ذلك يبنى على قول من يقول القول قوله في ذلك لكونه أمينا (والقول في العدة قولها) فحكم الرجعة يبنى على قولها ، ولم يذكر الجواب عن الإقرار بالتزويج لظهوره ، وذلك لأنه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعا ، فأى يكون له إقرار بما هو خالص حقه ، بخلاف الإقرار بالتزويج فإنه إقرار بذلك وكان للفرق بينا وإن كان الرابع ، وعبر عنه المصنف بقوله (ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى) لأن منافع البضع خالص حقه وللزوج بدعيها عليه

وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال . وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله ، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة (وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالحق قولها) لأنها أمانة في ذلك إذ هي العالة به (وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تنقسل ، وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تنقسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل) لأن الحيض لا يزيد له على العشرة ، فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة ، وفيها دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة ، بخلاف ما إذا كانت كتابية لأنه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكفي بالانقطاع ، وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله : إذا تيممت انقطعت ، وهذا قياس لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة

وقوله في الصحيح احتراز عما في الينايع أنه على الخلاف أيضا . وقال بعض أصحابنا : لا يقضى بشيء حتى يتفق المولى والأمة ، ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا ، إذ يستحيل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدهما . وفي المتوسط : لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح . ووجه الفرق لأن حنيفة أنها منقضية العدة في الحال ، ويستأزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها في إبطاله ، بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله عليها (قوله وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالحق قولها لأنها أمانة في ذلك إذ هي العالة به) دون غيرها : أي بالانقضاء ولذا يقبل قولها إلى حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد . ولو قالت ولدت : يعني قد انقضت عدتي بالولادة لا يقبل قولها إلا بينة ، أو قالت أسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فللزواج أن يطلب يمينها على أنها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ، ولا فرق في هذا بين الحرة والأمة (قوله أو يمضي عليها وقت صلاة) أي بأن يخرج وقتها الذي طهرت فيه فتصير دينا في ذمتها ، فإن كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن البسر ، وإن كان في أوله لم يثبت هذا حتى يخرج لأن الصلاة لا تنصير دينا إلا بذلك ، وعلى هذا لو طهرت في وقت مهمل كبعد الشروق لانتقطع الرجعة إلى دخول وقت العصر (قوله بخلاف ما إذا كانت كتابية) فإنه لا يتوقع في حقها أمارة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لأن الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها ، فبمجرد الانقطاع وإن كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها (قوله وتنقطع إذا تيممت وصلت) أي فرضا أو نفلا

وهي منكرة (وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال) بالاتفاق ، وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه ، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ، أي عند الرجعة ، ولا يظهر ملكه مع العدة في هذا الكلام إشارة إلى الجواب عن مسألة التزويج كما أشرنا إليه . قوله (وإن قالت قد انقضت عدتي) ظاهر والضمير فيه راجع إلى الانقضاء . قال (وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) كلامه واضح . وقوله (بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة) يعني أن الوقت إذا مضى صارت الصلاة دينا في ذمتها . وهو من أحكام الطاهرات . وقوله (وإذا تيممت وصلت) أطلق للصلاة لتناول المكتوبة وغيرها

حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاعتصال فكان بمنزلة . ولها أنه ملوث غير مطهر ، وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لاتضعف الواجبات ، وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لأفيا قبلها من الأوقات ،

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى (قوله حتى يثبت به من الأحكام) يرفع يثبت لأن حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل ، والمراد بالأحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف ، وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله ، ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط ، ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت ، وكذا لو اغتسلت بسور الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى . ولا يشكل عليه أنه لايجل لها الزوج بانحر بالاتفاق لأن التيمم وإن قام مقام الغسل هو أضعف منه ، والاحتياط في الزوج عدم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيا رجل في شبهة (قوله) ولها أنه ملوث غير مطهر) أى حقيقة لا شرعا كذا في الدراية . ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يغال من المناقضة للأوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول : هذا البحث له ثلاثة موارد في الفقه : أولا باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز القرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافا له ، وهو مبنى أن التيمم طهارة مطلقة أولا ، فقال إنها ضرورية تثبت ضرورة أداء المكتوبة به فيقدر بقدرها فلا يبقى بعدها . فاتفق أئمتنا في جوابه على أنها مطلقة تعمل عمل الماء مانبي شرطه . وصرح في النهاية في تقريره بأن التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كالماء ، إلا أنه بالماء مقدر إلى وجود الحدث ، وهنا إلى شيئين الحدث والماء . ثاني باب الإمامة في مسئلة اقتداء المتوضي بالمتميم فافترقوا فيها ، فقال محمد : هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضي به ، وقالوا : مطلقة فيجوز . وثالثا هنا فافترقوا أيضا إلا أنهم عكسوا كلمتهم ، فترامى أحمد وجهان من المناقضة : أحدهما قوله في الإمامة ضرورية بعدما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من أنها مطلقة . والثاني أن بعد ما قال في الإمامة إنها ضرورية قال هنا مطلقة . ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما هناك مطلقة وهنا ضرورية ملوثة ، وكثير من الشارحين يأخذ في تقرير قولهما أنه لا يزيل الحدث بيقين ، ولهذا عند رؤية الماء إنما يصير حدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا . والجواب أنه لاشك أن في التيمم جهة الإطلاق وجهة الضرورة ، وفيه أيضا أنه ملوث في نفسه مغبر لأيطهر : أى لا ينظف ، فعنى الإطلاق أنه يزيل الحدث مطلقا كالماء إلى غاية أحد الأمرين من وجود الحدث أو الماء ، ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تقويتها وتكثير اللغيات عند عدم الماء لإكراما لهذا النبي الكريم صلى الله عليه وسلم وأئمة ، ولذا كان من الخصائص ، وهذا لا يفيد الإخلال بمعنى الإطلاق إذ حاصله أنه بيان سبب شرعيته . ولما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وإنما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء ، وأما كونه ملوثا ومغبرا فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مغبرا بين الماء والتراب ابتداء ، فإنه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين الأعضاء الطاهرة وتنظيفها القيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع إلا للضرورة المتحققة من الحاجة إلى الأداء مع عدم الماء نكرما لنبينا محمد صلى الله عليه وسلم ، فذكر التلوث وعدم تطهيره في نفسه ذكر سبب كونه مشروعا للعلاج المتكورة . إذا علمت هذا فقولهم مع الشافعي إنها مطلقة : أى تزيل الحدث ، ويستباح به كل ما يستباح بالماء على

وقوله (حتى يثبت به من الأحكام) يزيد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن وإباحة الصلاة

والأحكام الثابتة أيضا ضرورة اقتضائية ، ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما ،

الوجه الذى يستباح به ليفتنى به قصر الصحة به على فرض واحد لا ينافى قولهم إنها ضرورية على ما سمعت ، فن قال إنها مطلقة في موضع وقال في آخر إنها ضرورية لم يكن مناقضا أصلا . وقول من ذكر في تقريره إنه لا يرفع بيقين حاصله أنه فرق بينه وبين الماء فإن الماء يرفعه بيقين ، وهذا يرفعه ظنا للخلاف في أن الحدث أمر حقيق أو مجرد مانعية ، فعلى الأول لا يرفعه إلا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد ، غير أن الراجح هو الظن . والثاني لما قدمنا في باب التيمم من الحديث والمعنى ، وهو أنه لم يقدر أحد على إثبات أن الحدث وصف حقيق قائم بالأعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية ، وعلى هذا فلا إشكال في ارتقاعه بالتيمم ، وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه ، إذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعى فله أن يقطع ذلك الاعتبار إلى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء ، والدليل الملجئ إلى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها نفسها حدثا ثم النظر في وجه تعيين كل منهم إحدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذى عينه فيه ، فأما وجه تخصيص محمد فهو أنه رأى وجوب الاحتياط في الموضعين ، فالاحتياط في اقتداء المتوضى بالتيمم أن لا يصبح ، ولا يعمل هذا إلا بجهة الضرورة فاعتبرها فيقول : لما كانت ضرورية حيث كانت تنقص بوجود الماء ولا تثبت إلا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة إلى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوى على الضعيف . وفي الترجمة الاحتياط في انقطاعها ولا يعمل إلا بجهة الإطلاق فاعتبرها هنا ، وهما لما عكسا الحكم في الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيها بد ، والباقي بعد هذا إنما هو النظر في الترجيح في الخلافين في الحكم . وعندى أن قولهما في الاقتداء أحسن من قول محمد ، وقول محمد في الترجمة أحسن من قولهما لأن الضعف الكائن في طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر في شيء من الأحكام عندنا ، فعملنا أنه شيء له في نفسه فيجوز اقتداء المتوضى به وتنقطع به الترجمة خصوصا والاحتياط في ذلك واجب . هذا ولقائل أن يقول : إن اشتراط الغسل بعد الانقطاع تمام العادة قبل العشرة يردده الدليل وهو قوله تعالى - ثلاثة - قرءه فخلوه عن اشتراطه ، فاشتراطه لا نقضاء العدة يردده النص . فإن أوجب بأن تعين الانقضاء متلف لغرض أنه ليس أكثر الخيض واحتمال عود الدم دفع بأن هذا الاعتبار الزائد لا يحدى قطع هذا الاحتمال لاقى الواقع ولا شرعا ، لأنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الترجمة بعد أن قلنا انقطعت الترجمة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله . ولو راجعها بعد هذا الغسل الذى قلنا إنه به تنقطع الترجمة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعتها ، وكذا الكلام في التيمم فليس جواب المسئلة في الحقيقة إلا مقيدا ، هكذا إذا انقطع لأقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها ولم يجاوزها ظهر انقطاع الترجمة من وقت الانقطاع لا نقضاء العدة إذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحتها ، وإن عاودها ولم يتجاوز فالأحكام المذكورة بالعكس . والله أعلم (قوله) الأحكام الثابتة أيضا ضرورة اقتضائية) إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاها ،

وسجدة التلاوة . وقوله (والأحكام الثابتة أيضا ضرورة اقتضائية) يعنى أن ثبوت هذه الأحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم ، أما قراءة القرآن فلا تهاك ركن الصلاة . وأما المسجد فلا تهاك مكان الصلاة . وأما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فإنه يجوز أن تقرأ أي صلاتها آية السجدة . ولقائل أن يقول : الحاصل من دليلهما أن التيمم طهارة ضرورية وأن الضرورة إنما تتحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الترجمة . وقد تقرر من الأصول أن الثابت بالضرورة لا يعتمد موضعها فكان الواجب أن لا تنقطع الترجمة وإن صلت ما لم تغسل

وقبل بعد الفراغ ليقرر حكم جواز الصلاة (وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء ، فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة ، وإن كان أقل من عضو انقطعت) قال رضى الله تعالى عنه : وهذا استحسان . والقياس في العضو الكامل أن لا يتيقن الرجعة لأنها غسلت الأكثر . والقياس فيها دون العضو أن يتيقن لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ . ووجه الاستحسان وهو الفرق أن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ، فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذاً بالاحتياط فيها ، بخلاف العضو الكامل

وكذا اللبس لأنه قد يحتاج إلى مس المصحف للقراءة في الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة إتيان ، وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب في الصلاة (قوله وقبل بعد الفراغ ليقرر الحكم بجواز الصلاة) قال في اللبس : وهو الصحيح ، فإن فسادها قبل الفراغ يحتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ، ولو تيممت وقرات أو مست المصحف أو دخلت المسجد ، قال الكرخي : تنقطع به الرجعة لأن صحة هذه حكم من أحكام الطهارات ، وقال الرازي : لا تنقطع به (قوله وإن كان أقل من عضو انقطعت) وذلك كنجو الأصبع ، كذا في المحيط والنبائع ، وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل (قوله والقياس في العضو) إلى قوله : والقياس فيها دون العضو الحاصل أن الحكم الثابت في العضو وما دونه استحسان ، فالقياس في العضو أن تنقطع لأن للأكثر حكم الكل وفي بعض العضو أن لا تنقطع لأنها لم تخرج إلى حكم الطهارات . ولا ينجى تأني كل من القياسين في كل من العضو وما دونه فيقتضى أن يتعارض في كل منهما قياسان : قياس أن للأكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة ، وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها . ومبنى وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثاني ، إذ حاصله اعتبار ظهور عدم إصابة الماء لشيء وعدمه ، فإذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة ، وإذا ظهر ثبوت الإصابة انقطعت غير أن ظهور الترك يتحقق في العضو لا في الأقل . على أن كون أن للأكثر حكم الكل قياساً ممنوعاً ، بل إنما

أوغضى عليها وقت صلاة . والجواب أن الضرورى متى ما ثبت بجمع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع الحيض ، ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ، ومن لوازم مضيتها انقطاع الرجعة ، ولزام لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته . وأما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية فهنا طهارة مطلقة في باب الإمامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى (وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو كأصبع ونحوه انقطعت . قال المصنف : وهذا استحسان) اعلم أن محمداً لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه ، وروى أنه عند أبي يوسف في العضو فما فوقه ، فإن القياس أن تنقطع الرجعة لأنها غسلت أكثر البدن ، ولأكثر حكم الكل فكانها أصاب الماء جميع البدن ، وفي الاستحسان لا تنقطع لأن المدة باقية لعدم الطهارة ، وعند محمد فيها دونه ، فالقياس أن يتيقن الرجعة لبقاء الحدث ، والاستحسان أن تنقطع لأن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ، والمصنف أشار إلى ذلك بقوله : والقياس في العضو الكامل أن لا يتيقن الرجعة لأنها غسلت الأكثر ، وهو إشارة إلى قياس أبي يوسف وبقره ، والقياس فيها دون العضو أن لا يتيقن لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ وهو إشارة إلى قول محمد . وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله إن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا بانقطاعها ، حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه بأن منعت قصداً لم تنقطع الرجعة ، وهذا إشارة إلى استحسان محمد . وقال (بخلاف العضو الكامل

(قوله والجواب أن الضرورى الخ) أقول فيه بحث ، فإنه لو صح ما ذكره لم يظم قوله في المسألة الآتية : ولا يحل لها التزوج أعني :

لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل. وعنه وهو قول محمد رحمه الله تعالى عليه: هو بمنزلة ما دون العضو لأن فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الأعضاء (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لأن الحمل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش» وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد

بحكم به في مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها لأنه مطرد شرعا مذهب. ثم وجه التفصيل المذكور أن ما دون العضو يتسارع الجفاف إليه بعد إصابة الماء غير بعيد، ويتقديره تنقطع الرجعة، فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا، ولم يزل لها أن تزوج بآخر حتى تفصل ذلك الموضع احتياطا في أمر القروج، حتى إنها لو تيقنت عدم إصابة الماء بأن علمت قصدتها إلى إخلاء ذلك الموضع عن الإصابة. قلنا: لا تنقطع الرجعة، بخلاف العضو الكامل فإن احتمال جفافه بعد الإصابة يبعد فيه جدا لأن الغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الأعضاء في غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع (قوله وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو) الواو بمعنى أو: إذا ترك كل بانفراده كترك عضو. وعنه وهو قول محمد كترك ما دون العضو (قوله لأن في فرضيتهما) أي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافا فعل تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة، وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا، ولوقب أحد المتأخرين لم تنقطع الرجعة (قوله ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه) قبل الطلاق ثم طلقها (وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحمل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور أن يكون منه بأن تأتى به لسته أشهر فصاعدا من يوم الزواج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش») وإذا جعله الشارع منه فقد أنزله وأطاعه وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لإقراره بعدم حتى الرجعة له بتكذيب الشرع

لأنه لا يتسارع إليه الجفاف) قلما لم يكن مبلولا علم أنه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة، وهذا إشارة إلى استحسان أبي يوسف، فانظر حلق المصنف في هذا الإدراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره، جزاء الله عن المحصلين شيئا (وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل) والواو بمعنى أو لأن الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه، وذلك لأن حكم الخيض باق لكونهما فرضين في الجنبابة (و) في رواية أخرى (عنه) وهو رواية الكرخي عن محمد (هو) أي كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافا) فإن المضمضة والاستنشاق سنتان عند مالك والشافعي وكان الاحتياط في انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الأعضاء) فإنه لا اختلاف لأحد في فرضيته. قال (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه ثم طلقها وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة) فله ذلك، ولا معتبر بقوله لم أجامعها لأنه ظهر الحمل في مدة يتصور أن يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك، ومتى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه (لقوله عليه الصلاة والسلام «الولد للفراش») الحديث (وذلك) أي جعل الحمل منه (دليل الوطء منه، وكذا إذا ثبت نسب الولد

بالاحتياط، فإن انقطاع الرجعة هناك لاقتضاء الدعة ليس إلا ويلزمه حل الزوج قليلا (قال المصنف: بمنزلة ما دون العضو) أقول: يجوز أن يحصل حل تقدير المضاف: أي بمنزلة ترك ما دون (قال المصنف: لأن في فرضيته اختلافا) أقول: أي فرضية غسله أو الغسل إن أرجع ضمير هو إلى المضمض والمضمضة والاستنشاق فلا حاجة بنا إلى تقدير المضاف، بل في قوله بمنزلة ما دون العضو

منه جعل واطئا ، وإذا ثبت الوطء تأكدا الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ، ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن ثبت به الرجعة أولى . وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق ، لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تنصير الرجعة . قال : فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى ستر

إياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة مادامت في العدة . وهذا لعدم تعلق حق أحد بسبب إقراره ذلك ، بخلاف ما لو أقر بعين في يد غيره لإنسان ثم اشتراها ثم استحققت فأخذت منه قبل أن يقضي بها للمقر له ثم وصلت إلى يده بسبب من الأسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وإن كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له ، وبخلاف ما لو قال في عيد إنسان إنه حر الأصل أو أعظمه مولا وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وبحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه . فالخاصل أن تكذيب الشرع إقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب في اللازم فينتفيان ، وإذا اتنى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما فعاد حقه في الرجعة ، بخلاف إقراره بما يثبت به حق الغير فإن تكذيب الشرع يقصره على حق نفسه فيبقى لازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب في إقراره بالحرية و ثبت الحكم بها ، وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق . فإن قلت : كيف يتصور وجود الملزوم مع تحلف اللازم وإن كان لزوما شرعا لأن تحلفه يبطل اعتبار الشرع لإياه لازما وقد فرض اعتباره لازما . فالجواب أن الامتناع في الزوم العقلي . أما الشرعي فقد يحكم الشرع بالزوم على تقدير فتنصر الملازمة عليه ، وهنا كذلك فإنه حين أقر بالعين لفلان ثبت أن فلانا أحق بها من غيره ، فإذا كذب الشرع بالقضاء به للمستحق في إقراره بأنه لفلان ثبت أنه ليس لفلان بالنسبة إلى المستحق فقط وأنه له بالنسبة إلى المقر فثبت الزوم على هذا الوجه (قوله ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان) أي الوطء الذي يثبت بتكذيب الشرع لإياه والإحصان له مدخل في إيجاب العقوبة فلأن ثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى (قوله وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق) أي في مدة تصلح بأن تلد لسته أشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا (قوله وأغلق بابا) المناسب أو أغلق بابا أو كمال في أرخى لا بالواو لأن كلا منهما تفصيل للمخلو لاستقلاله بالبابا لا ببابين لها

منه جعل واطئا) لأنه لا يتصور بدونه (وإذا ثبت الوطء تأكدا الملك ، والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه) أنه لم يجمعها (بتكذيب الشارع) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن النسب يثبت دلاله ، وقوله لم أجمعها . صريح ، والصريح يفوق الدلالة . والثاني أنه أقر بقوله لم أجمعها لسقوط حق مستحق له ، وتكذيب الشارع لا يرد ، كما لو أقر بعين لإنسان ثم اشتراها ثم استحققت من يده ثم وصلت إليه أمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذبا شرعا . وأجيب عن الأول بأن الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع . وعن الثاني بأنه لم يتعلق ههنا بإقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت مقتضى انتفاء المانع ، بخلاف المستشهد به فإن المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغرماء به . وقوله (ألا ترى) توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الأولوية أن الإحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء (فلأن يثبت به الرجعة) التي ليست فيها جهة العقوبة (أولى) وقوله (وتأويل مسألة الولادة) ظاهر (فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى ستر) على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو ،

أي شل مادون البصر ، وإن أرجح إلى الترك : أي ترك المصنفة والاستعانة بالمقدم هو الترك (قوله والصريح يفوق الدلالة) أقول : الدلالة إذا جلت عليها لا يمارعها الصريح فضلا عن أن يكون قريبها وما نحن فيه كذلك .

وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعلمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصير مكذبا شرعا ، بخلاف المهر لأن تأكد المهر المسمى يبتقى على تسليم المبدل لأعلى القبض ، بخلاف الفصل الأول (فإن راجعها) معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها (ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لأنه يثبت النسب منه إذ هي لم تقر باقتضاء العدة والولد يثبت في البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء

(قوله لأن تأكد الملك بالوطء) إذ بعلمه تبين بالطلاق لا إلى عدة ، وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعلمه فصار مبطلا حتى نفسه من الرجعة (قوله ولم يصير مكذبا شرعا الخ) جواب عما قد يقال إنه هنا أيضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخطوة والحكم بذلك شرعا إزاء الالة واطئا شرعا ففتح كونه بناء على ذلك شرعا أو على ما يستلزمه ، بل هو بناء على تمام تسليم المبدل وهو بضعها بالتخلية التي هي وسعها ، ولوقوف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس هو فعلها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا ونجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبها والعدة محتاطة في إثباتها لأن اقتضاءها يستلزم حلها للأزواج فهي حق الشرع فلا يصلحان في إبطالها فتصير العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها فلم يتم الخطوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك . وقول إمام الحرمين إن العدة تستدعي سببا في الشغل مردود بالآيسة والصغيرة ، ولو قال جامعتها كان له الرجعة وإن كذبته المرأة في الوطء (قوله بخلاف الفصل الأول) يتصل بقوله لم يصير مكذبا شرعا ، وعنى به ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم أجامعها حيث جعله واطئا حكما لأن الرجعة تنبئ على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لأنه لا نسب بلا ماء فتثبت (قوله معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) أي ثم طلقها ثم راجعها لاتصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء ، فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق صحت : أي ظهر صحتها (قوله لأن على اعتبار الثاني) وهو إزاله واطئا بعد الطلاق ، وحينئذ فالصلف في العبارة أن يقول لأن على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه في عدم

وعلى رواية الجامع الصغير وأرخى ستره بالوأو الأول أصبح (ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعلمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه) فإن قيل : قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول . أجاب بقوله (ولم يصير مكذبا شرعا لأن تأكد المهر المسمى يبتقى على تسليم المبدل لأعلى القبض) ومعناه إنما يصير مكذبا شرعا أن لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطء وليس كذلك ، وإنما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخطوة الصحيحة ، إذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم إليه ويقدر المسلم إليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب (بخلاف الفصل الأول) لأن الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب (فإن راجعها بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) يعني وإن كان لا يملكها (ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) أي الرجعة السابقة (لأن النسب ثابت منه لعدم الإقرار منها باقتضاء العدة) ولاحتمال المدة (فإن الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك إلا بالدخول فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده) لأن فيها بعده يكون الوطء حراما

(قوله وإن كان لا يملكها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين) أقول : أي لا يملك الرجعة .

والمسلم لا يفعل الحرام (فلان قال لما إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أنت بولد آخر فهي رجعة) معناه من بطن آخر هو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدة لأنه وقع الطلاق عليه بالولد الأول ووجب العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطن مختلف فالولد الأول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث) لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق وصارت معتدة ، وبالثاني صار مراجعا لما بيننا أنه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لأن الميمن معقودة بكلمة كلما ووجب العدة ، وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ، وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجب العدة بالأقراء لأنها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق

الوطء إذ المؤدى على عبارته هكذا على اعتبار إنزاله وإطلائه بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم ، وتحصيل المقصود من هذه بتكليف بعد توهم خطئها (قوله والمسلم لا يفعل الحرام) فلان قيل : والظاهر منه أيضا أنه لا يكذب ، فالجواب لا بد من أحد الاعتبارين وعلى الأول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكلبة (قوله وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين) إن فيه للوصل ، فأما أن قوله بعد ستة أشهر معناه : أى فصاعدا أقل من سنتين أو أكثر وإن كان عشر سنين مالم تقر بانقضاء العدة : لأن الثاني يضاف إلى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لأن امتداد الطهر لا غاية إلا الإياس وبه يصير مراجعا ، بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لأقل من سنتين ييوم لا يكون رجعة ، وفي أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الأول دون الثاني ، وإن هذا الاحتمال سقط هنا لأنهما إذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة ، بخلاف ما إذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فلنهما حينئذ من بطن واحد إذ لم يتم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الأول فلم تثبت الرجعة لأنها بالوطء الكائن بعد الطلاق (قوله وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطن مختلف) وهو أن يكون بين كل ولدتين ستة أشهر ، فإن كان أقل فهما توءمان فيقع طلقتان بالأولين لا غير إذ بالثالث تنقضى العدة ، ولو كان الأولان في بطن والثالث في بطن تقع تعليقة واحدة بالأول لا غير ، وتنقضى

لزوال الملك بنفس الطلاق : يعنى إلا إلى عدة لأن الفرض عدم الوطء قبله لأنه أنكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام ، وإن كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة . قال (فلان قال لما إذا ولدت فأنت طالق) ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا ، فلما أن يكون بين الولدين ستة أشهر أولا ، فلان كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل للرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالولد الثاني ، وما ثم دليل على أنه وطئها بعد الولد الأول فلا يثبت به الرجعة وإن كان الأول وهو الملد كورفي الكتاب فهي رجعة لأن الولادة الثانية رجعة ، ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح . وقوله (وإن كان أكثر من سنتين) إن للوصل : أى لما كان بين الولدين ستة أشهر لافتاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في أقل من سنتين وبين أن تكون أكبر من ذلك في ثبوت الرجعة لأن الولد الثاني مضاف إلى علوق حادث لاحتماله وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة (وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق) على ما ذكره في الكتاب واضح . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول الخ .

(والمطلقة الرجعية تتشوف وتزین) لأنها حلال للزوج إذ النكاح قائم بينهما ، ثم الرجعة مستحبة والزین حامل له عليها فيكون مشروعاً (ويستحب لزوجه أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمها خفي عليه) معناه إذا لم يكن من قصده المراجعة لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعاً ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه : له ذلك لقيام النكاح ، ولهذا له أن يغشاها عندنا . ولنا قوله تعالى - ولا تخرجوهن من بيوتهن - الآية ، ولأن تراخي عمل المبتل لحاجة إلى المراجعة ، فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له فتيين أن المبتل حمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الأقراء من العدة فلم يملك الزوج الإخراج إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويقرر ملك الزوج . وقوله حتى يشهد على رجعتها

العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء ، ولو كان الأول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنات بالأول والثاني وتنفضي. ^١العدة بالثالث فلا يقع به شيء ، وإذا كانوا في بطن فالولد الثاني رجعة ، وكذا الثالث لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة . وبالولد الثاني صار مراجعاً لما بيننا من العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعاً . وقوله وبالثاني صار مراجعاً معناه ظهر به الرجعة سابقاً ثم يقع بالثاني طلاقاً ثانية لأن اليقين بكلمة المتقضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا وتقع الثالثة بولادته ، ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لأن النفاس لا يلزم له كمية خاصة فجاز أن يكون غير ممتد وجاز أن لا ترى شيئاً أصلاً على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء (قوله تتشوف) التشوف خاص بالوجه والزین عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف : أي مجلوه وهو أن تجلوه وجهها وتصقله (قوله إذ النكاح قائم بينهما) وكذا جميع أحكامهم من التوارث . ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فإنها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى - ولا تخرجوهن من بيوتهن - نزلت في الرجعة لسياق الآية وهو قوله تعالى - لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً - أي يبدو له أن يراجعها ، ولحرمها بهذا النص لم يجعل رجعة لأن الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام . قيل ولا دلالتها لأن الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها . وأورد عليه أن التقييل بشبهة ونحوه يكون نفسه رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة ، وجوابه الفرق بالحل والحرم

وقوله (والمطلقة الرجعية تتشوف وتزین) التشوف خاص في الوجه والزین عام فتصل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف : أي مجلوه وهو أن تجلوه المرأة وجهها وتصقل خديها . وقوله (إذ النكاح قائم بينهما) يدل عليه أن التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق . فإن قيل : لو كان النكاح قائماً بينهما لجاز أن يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما ذكره . أجيب بأنه امتنع بالنص وهو قوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - فإنه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى - لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً - أي لعله يبدو له فراجعها والمسافرة بها إخراج من البيت فيكون منها عبثاً . فإن قيل : لم لا يكون نفس المسافرة دليلاً على الرجعة . أجيب بأن الإخراج من البيت عنه والرجعة مندوب إليها وهما متنافيان . وقوله (ولأن تراخي عمل المبتل) دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة ، وتقريره تراخي عمل المبتل وهو الطلاق لحاجة الزوج إلى المراجعة ولا حاجة له إليها فلا تراخي . أما أن التراخي كذلك فقد علم مما تقدم ، وأما عدم حاجته إليها فلا أنه إذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر أنه لا حاجة له إليها ، وفيه نظر لأن كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز إذا انقضت المدة ولم يراجعها ، وأما إذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه .

معناه الاستحباب على ما قدمناه (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) وقال الشافعي رحمه الله : يحرّمه لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق . ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لأن حق الرجعة ثبت نظرا لزوج ليكنه التدارك عند اعتراض التدم ، وهذا المعنى يوجب استبداده به ، وذلك يؤذن بكونه استدامة لإنشاء

كما قلنا ، وكما لا يخل لها السفر لا يخل الخروج بها إلى مادونه لأن الحرمة ليست متونة بالسفر بل بالخروج ، وكما يكره السفر بها تكره الخلوة إذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعها وهو لا يريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدى إلى تطويل العدة عليها وذلك حرام . وقال السرخسي : إنما تكره الخلوة إذا لم يأمن غشيانها إذ يصير مراجعها لها بغير إشهاد وهو مكروه ، ومقتضى هذا أنه إذا أمن لا يكره ، وأن كراهة الخلوة حينئذ تزريية ، ولم يلفت شمس الأئمة إلى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعها كأنه لبعده جدا حيث كان إنما هو النظر إلى داخل الفرج ، وقل أن يقع مع الخلوة ، حتى إن الإنسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر إلا أن تعتمد قصدا حالة الجماع ، لكن الوجه الذي ذكره المصنف وهو قوله لأن تراخي عمل المبطّل : يعني الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته : أي لحاجة الزوج إلى المراجعة فإذا لم يراجعها حتى انقضت المدة : أي العدة ظهر أنه للاحاجة إلى الرجعة فتيبن أن المبطّل عمل الإبانة من وقت وجوده وأن مسافرتة بها كانت بأجنبيّة كما يقتضى قصر كراهة المسافرة على تقدير ما إذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضى حرمة الخلوة بها إن لم يكن قصده الرجعة ، ويقتضى أنه لو راجعها ظهرت حاجته ، وأن المبطّل لم يعمل أصلا فتيبن أن الخلوة والمسافرة لم يكونا بأجنبيّة ، والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الأقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة ، قلوا كان المبطّل مقتصر على انقضائها لم يحتسب واحتيج إلى عدة مستأنفة . والأرجح تحريم السفر مطلقا لإطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور أن الخلوة بأجنبيّة غير ضائل إذا حاله تحققها كانت زوجة يباح معها شرعا ما يباح من الزوجة (قوله وذلك) يعني استبداده به (يؤذن بكونه استدامة لإنشاء

وأجيب بأنه إنما يريد أن لو كان المراد بالعدة العدة ، وأما إذا أريد بها مدة الإقامة فلا يرد ، وفيه نظر لأن عمل المبطّل آخر إلى انقضاء العدة بالإجماع دون مدة الإقامة ، ولعل الصواب أن عدم جواز المسافرة أيضا يثبت بالتبيين كعمل المبطّل ، وإذا ظهر عدم الحاجة تبيّن أن المبطّل عمل عمله من وقت وجوده ، ولهذا يحتسب الأقراء من العدة ، ولو كان عمل المبطّل مقتصرًا على انقضاء العدة لما احتسب الأقراء الماضية من العدة كما لم يحتسب في قوله إذا حضت فأنت طالق فإن تلك الحيضة غير محسبة من العدة لأنه شرط وقوع الطلاق ، وإذا لم يقتصر عمل المبطّل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرًا حين لم يرد الرجعة فكأنما أنه لا يملك إخراج المبتوتة إلى السفر فكذلك لا يملك إخراج المطلقة الرجعية إلا أن يشهد على رجعتها فمقتضى العدة وينتظر ملك النكاح . وقوله (على ما قدمنا) يعني في أوائل الباب حيث قال : ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ، وإن لم يشهد صحت الرجعة (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء . وقال الشافعي رحمه الله : يحرّمه لأن حل الوطء بالزوجة والزوجة زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق . ولنا أن الزوجية قائمة ولغا يملك مراجعتها من غير رضاها بالانفاق ، ولو كانت زائلة لكانت أجنبيّة فلم تصح الرجعة بدون رضاها ، وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لأن حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليكنه التدارك عند اعتراض التدم ، وهذا المعنى : أي يؤثّرته نظرا له يوجب استبداده به : أي بالرجعة بتأويل الرجوع إذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لأنه قد لا يرضى المرأة بالرجعة فجاء الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة (واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لإنشاء)

إذ الدليل ينفيه والقاطع أخر علمه إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم ، والله أعلم بالصواب .

(فصل فيما تحل به المطلقة)

(وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها) لأن حل الحلية باق لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ، ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب

والدليل ينفيه (أى دليل الاستبعاد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينفيه : أى ينافي الإنشاء لأنه لو كان إنشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج إلى رضا المرأة وإذنها والشهود والولي عنه من يوجب احتياطاً ، وما يدل على بقاء الزوجية في الرجعي من كل وجه ما قلنا في أول الباب من النصوص فارجع إليه (قوله والقاطع الخ) جواب عن قول الشافعي الزوجية زائلة لوجود القاطع . قلنا نعم وجد ، ولكن أخر عمله إجماعاً لأن الإجماع على أن الرجعة تثبت بلا رضاها يقيد أن عمله وهو القطع موثر . أو نقول : تأخر عمله نظراً للزوج على ما تقدم من أن حق الرجعة ثبت نظراً له ، والله سبحانه أعلم .

(فصل فيما تحل به المطلقة)

لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره (قوله لأن حل الحلية) تركيب غير صحيح ، والصحيح أن يقال لأن حل المحل باق أو لأن الحلية باقية ، وهذا لأن الحلية هي كون الشيء محلاً ولا معنى لنسبة المحل إليها إذ لا معنى يحل كونها محلاً (قوله لأن زواله) مرجع الضمير المحل وضمير فينعدم للزوال (قوله ومنع الغير) جواب عن مقدر ، والمتبادر من العبارة أن يقال ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج

إذ الدليل الدال على الاستبعاد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي أن تكون الرجعة إنشاء لأن الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق إلا في القائم وكانت الزوجية قائمة . وقوله (والقاطع) جواب عن قوله لوجود القاطع ، ومعناه أن وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لأنه أخر عمله إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم : يعنى قوله يثبت للزوج نظراً له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تأخر عمل البيع في الزوم إلى مدة نظراً لمن له الخيار .

(فصل فيما تحل به المطلقة)

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة (وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لأن حل الحلية) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات (باق لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة) لقوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له - على ما ذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله . ورد بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا . والجواب أنه معلوم بعدمه الأصلي إذ الملة لم تنصر حلة بعد ، وإذا كان حل المحل باقياً جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها . فإن قيل : هذا تعليل في مقابلة النص ، قال الله تعالى - ولا تنكحوا عتقة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله - فهي

(فصل فيما تحل به المطلقة)

(قال المصنف فينعدم قبله) أقول : وذكر الضمير الرجوع إلى الطلقة لتأويله بالطلاق

ولا اشتباه في إطلاقه (وإن كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها) والأصل فيه قوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره -

الزَّوْجَ لغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الأجنبية دون الزوج وهو سهل ، وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص ، قال الله تعالى - ولا تزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله - يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة ؟ وحاصل هذا استشكل الإطلاق للزوج في العدة وعموم النص بمنعه . والأول طلب الفرق : قلنا : عموم في ضمير - تزموا - ، وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالإجماع فيلزم تخصيصه من العموم الأول . وحكمة شرعية العدة في الأصل أن لا يشبه النسب (ولا اشتباه في إطلاقه) أي إطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لأن الماء ماؤه فلذلك جاز الإجماع على إطلاقه وأطلق ، وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص : أعنى الإجماع ، لأن الصغيرة والآيسة لا اشتباه مع عدم إطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من إطلاقه ، وعدم المانع لا يملأ به ، لكن المعنى أنه لم يجمع مع المانع بل هو متنف فجاز الإجماع ، وبسطه أن العدة بعلة الحاجة إلى دفع الاشتباه فوجود الحاجة إلى الدفع مقتضى ثبوت العدة المانعة من الزوج ، ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة إلى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها إلا أنه وجد مقتضى لعدم لأن العلة لا تؤثر في العكس : يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم : أعنى وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى - واللاتي يئنسن من المهض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن - إما بعلة أخرى ، إما أن يكون إظهارا لخطر المحل إذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليزر على الراغب ، بخلاف ما لو أطلق مطلقا كما أظهر خطره مرة أخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوه أو لم يطلع عليها أو هي فيهما تعبد محض ، ولم يمكن إخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفي غيرها معلل بما قلنا فليست العدة مطلقا تعبدية (قوله وإن كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره) لافرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها أو غير مدخول بها لصرح بإطلاق النص ، وقد وقع في بعض الكتب أن في غير المدخول

عن الزم على نكاح المعتدة مطلقا ، والتعليل في مقابلته باطل . أجاب بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ، ومنعناه أن المراد بالآيسة منع الغير عن الزم على نكاح المعتدة لأن المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه : أي في تجويز نكاح معتدته ، إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه وذلك إنما يكون في معتدة الغير . واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحضنة الثانية والثالثة فإنه لا اشتباه في هذه المواضع ، ولا يجوز الزوج في العدة . وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلّف فيما ذكر من الصور . وأقول كما ذكرت : اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق . وأما أنه ملزم جوازه إذا عدم هذا المانع فليس بملزم بلجواز أن يكون ممانع آخر وهو جهة التعبد (وإن كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل للزوج الأول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمراد

(قوله أجاب بقوله ومنع الغير في العدة : إل قوله : إذ الاشتباه إنما يكون للز) أقول : هذا أيضا من قبيل التعليل في مقابلته بالنص ، والأول أن يقال : خص منه الإطلاق بالإجماع (قال المصنف : وإن كان الطلاق ثلاثا) أقول : لم يقل ثلاثة لتأويل الطلاق بالطلاق . (٢٣ - فتح القدير ج ١ : ٤)

للمراد المطلقة الثالثة، والثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة ، لأن الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا ، والزوجية المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج

بها تحمل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لا يحمل لمسلم رآه أن ينقله فضلا عن أن يعتبره لأن في نقله إشاعته وعند ذلك يفتتح باب للشيطان في تخفيف الأمر فيه ، ولا يخفى أن مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لقوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع ، نعوذ بالله من الزيغ والضللال . وما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والأمر فيه من ضروريات الدين لا يبعد إكفار مخالفه (قوله والمراد) أى المراد بقوله تعالى - فإن طلقها - (المطلقة الثالثة) لأنه ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال - الطلاق مرتان - ثم قال - فإن طلقها - أى الثالثة هذا قول الجمهور . وذهبت طائفة إلى أن الثالثة هي قوله - أو تسريح بإحسان - فإن أبا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة ؟ فقال : في قوله - أو تسريح بإحسان - » كذا في المبسوط ، وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة أنه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى - فإن طلقها - إذ لا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله - فإن طلقها - الثالثة لأنه عقبها بقوله - فلا تحمل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - فالحق أن المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار ، فإن الثاني ذكر شرطا لإعطاء حكم الثالثة ، والأول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة . وحاصله أن يقال شرعا ثلاثا ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك بقوله - الطلاق مرتان - وبعدها إما إمساكه معروف أو تسريح بثالثة بإحسان ، فإن طلقها الثالثة اختيارا لأحد الأمرين الجائزين له فحكمه أن لا تحمل له حتى تنكح زوجا غيره ، فيحصل أن كليهما مراد به الثالثة (قوله لحل المحلية) فيه ماسبق (قوله ثم الغاية) أى غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى - فلا تحمل له - هو الزوج الثابت بقوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي أمة ثم ملكها أو ثلاثا لحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحمل له وطؤها بملك الثنتين حتى يزوجه فيدخل بها الزوج ثم يطلقها (قوله والزوجية) مطلقا ، وكذا الزوج مطلقا إنما تثبت بنكاح صحيح لأن المطلق ينصرف إلى الكامل ، أو لأنه المتبادر عند إطلاقه خصوصا إذا كان مضافا إلى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافا إلى الماضي ، لأن المراد في الأول التحصن والإعفاف وهو لا يحصل إلا بالصحيح ، وفي الثاني صدق الإخبار وهو يحصل بالزوج فاسدا ولذا حث في عيتمه لم يزوج بالفاسد لا في حلفه لا يزوج (قوله وشرط الدخول ثبت بإشارة النص الخ) ولا يخفى أن على تقدير حمله على الوطء إنما يثبت بعبارة النص لأنه مقصود بالسوق (قوله حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة) يعنى أن الإعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح

بقوله تعالى - فإن طلقها - المطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل (والثنتان في الأمة كالثلاث في حق الحرة لأن الرق منصف لحل المحلية) لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزأ فكملت على ما عرف ، وإنما يجب أن يكون النكاح صحيحا لأن الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بصحة ولا فساد ، والمطلق ينصرف إلى الكامل على ما عرف في الأصول (والزوجية المطلقة) أى الكاملة (إنما تثبت بنكاح صحيح) وإنما يشترط الدخول بها إما بإشارة الكتاب

(قال المصنف : والزوجية المطلقة) أقول : حمل الإطلاق قيدا للزوج دون النكاح ليستثنى من كلا وجهي شرط الدخول ليعمل (قال المصنف : وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الإفادة) أقول : قال الزيامي : هكذا ذكر الأصحاب ، وفيه نظر ، فإن

أو يزداد على النص بالحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا تحمل للأول حتى تلوق عسيلة الآخر »
روى بروايات ،

على القصد لأن اسم الزوج يتضمن إعادته لدلالته عليه التزاما ، بخلاف ما إذا حملناه على الوطء وإن كان حينئذ مجازا بالنسبة إلى المرأة إذ هو حال نسبته إليها يراد به التمكن من حقيقته لاحقيقته ، فإن المجاز في الكلام أكثر من الإعادة هذا الوجه على العموم . ووجه آخر على رأينا وهو أن في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فإن حقيقته الوطء والزواج في الأجنبية مجاز باعتبار الأول ، وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح في التمكن والزواج حينئذ حقيقة (قوله أو يزداد على النص بالحديث المشهور) هذا إنما يتصور إذا أريد بلفظ تنكح في النص العقد لا على إرادة الوطء فيه (قوله يروى بروايات) روى الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواهبها أحل لزوجها الأول ؟ قال : لا حتى يلوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول » وروى الجماعة إلا أبا داود عن عائشة رضي الله عنها قالت « جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فأبى طلاق فزوجت بعده بعد الرحمن بن الزبير » ففتح الزاى لا غير « وإنما معه مثل هدية الثوب : فنسب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدون أن ترجعوا إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تلوق عسيلته ويلوق عسيلتك » وفي لفظ في الصحيحين : « إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات . وفي لفظ البخاري « كذبت والله يارسول الله إلى أن نفصها نفص الأديم ولكنها ناشت تريد أن ترجع إلى رفاعة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فإن كان كذلك لم تحل لي حتى يلوق عسيلتك » قال « وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها ، فقال صلى الله عليه وسلم ينوك هؤلاء ؟ قال : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا وأنت تزعين ما تزعين ! فوالله

على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو أن يحمل النكاح في قوله تعالى - حتى تنكح - على الوطء حلا للكلام على الإفادة دون الإعادة ، فإن العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج في قوله - زوجا غيره - ، فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيدا والتأسيس أولى من التأكيد، وأما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي « طلق امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تحية ، وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فزوجت عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فأبى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : يارسول الله إن رفاعة طلقني فبئت طلاق ، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ، وإنما معه مثل الهدية ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لعلك تريدان أن ترجعا إلى رفاعة ، لا حتى تلوق عسيلته ويلوق عسيلتك » وقد روى بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب ، وفي بعضها بلفظ الخطاب كما روي وهو المذكور في كتب الأصول ، وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ إطلاقه ، وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الأم

النكاح المنسوب إلى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالة منها . ويمكن أن يقال : يجوز نسبته إليها مجازا كما يقال زانية مجازا بالتمكن منه ، وهذا أقرب من حمله على العقد لأن في حمله على العقد مجازين : أسدها على النكاح حقيقة الوطء ومجازا لعقد عليه عليه ، والثاني أن فيه تسمية الأجنبية زوجا باعتبار ما سئل إليه ، وفيه حل اللفظ على الإعادة أيضا ، وفي حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء إليها فكان أولى انتهى . وفيه بحث لأن التمكن من الوطء لا يوجب الوطء ولا يلزمه ، إلا أن يقال : المراد التمكن بالمقدار للغير بوليها ، ولا يبعد أن يقال : قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره - من قبل - حجة راضية - على الإسناد المجازي .

ولا خلاف لأحد فيه سوى سعيد بن المسيب . وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ ، والشرط الإيلاج دون الإنزال لأنه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبي المراهق في التحليل كالبالغ) لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ،

لم أشبه به من الغراب بالغراب » وهو في الموطأ هكذا : أنبأنا مالك عن المسور بن مخرمة بن رفاعه القرظي عن الزبير ابن عبد الرحمن بن الزبير « أن رفاعه بن مجمل طلق امرأته تيممة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن ينسبها ففارقها ، فأراد رفاعه أن ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لا تحمل لك حتى تلوق العسيلة » ووقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عائشة رضى الله عنها « كانت امرأة من قريظة يقال لها تيممة بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فزوجه رفاعه رجل من بني قريظة ثم فارقها ، الحديث ، وفيه « فقال والله يا تيممة لا ترجعي إلى عبد الرحمن حتى يلوق عسيلتك رجل غيره » قال لم يروه عن أبي إسحاق إلا سلمة أبو الفضل (قوله ولا خلاف لأحد فيه أى من أهل السنة ، أو المراد الخلاف العالى سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسى ودادود الظاهرى والشيعه قائلين بقوله ، واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه (قوله لا ينفذ) لخالفته الحديث المشهور . قال المصدر الشريد : ومن أفى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى . وهذا لأن شرعية ذلك لإغالة الزوج حتى لا يسرح في كثرة الطلاق عومل بما يبغض حين عمل أبغض ما يباح (قوله والشرط الإيلاج) بقيد كونه عن قوة نفسه وإن كان ملفوفا بقرقة إذا كان يجيد للذة حرارة الحمل ، فلو أوج الشيخ الكبير الذى لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحملها إلا إن انتعش وعمل ، والصغير الذى لا يجامع مثله أولى لأنه لا يجيد للذة أصلا ، بخلاف من في آتته فتور وأولجها فيها حتى التفت الختان فلما تحمل به ، وبخرج الغيوب الذى لم يبق له شيء يولج في محل الحمل : أى في غل الختان فلا يحمل بسحقه حتى تحمل . وفي المبسوط في رواية أبي حفص : إن كان الغيوب لا ينزل لا يحمل ولا يثبت نسب الولد منه لأنه إذا جف ماؤه صار كالصبي أو ذونه ودخل الخصى الذى مثله يجامع فيحملها . وفي التجريد : لو كان مجبويا لم يحمل ، فإن حملت وولدت حملت للأول عند أبي يوسف خلافا لمحمد . وفي الخلاصة : لو كان مسلولاً وجامعها حملت عند أبي يوسف خلافا لزفر والحسن ويشترط كونه في الحمل يقيين ، حتى لو جامعها وهى مقضاة لا تحمل ما لم تحمل ، ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها طلقها زوجها ثلاثا فوطئها هذا الزوج فأفضاها لا يحملها ، وإن كان يوطأ مثلها حملت وإن أفضاها (قوله دون الإنزال) خلافا للحسن البصرى لا تحمل عنده حتى ينزل الثاني حملا للعسيلة عليه ، ومنع بأنها تصدق معه ومع الإيلاج وإنما هو كمال . وفي مسند أحمد أنه صلى الله عليه وسلم قال « العسيلة هى الجماع » انتهى . فعليه صدق مسمى الجماع تثبت فيه إلا أن في سنده ابن عبد الملك المكي مجهول (قوله وهو الشرط بالنص) فيه نظر ، إذ لو كان هو الشرط ليس غيره حملت بدخول الصغير الذى لا يجامع مثله لكنها لا تحمل به لأنه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانين فلا بد من كون الزوج من يلد أيضا ، وسواء كان حرا أو عبدا تزوج بإذن المولى لا بشئ إذنه عاقلا

فلا يطلب ثمة (ولا خلاف لأحد فيه) أى في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب ، وقيل هو قول بشر المريسى . وقوله (غير معتبر) لأنه مخالف للحديث المشهور ولهذا (إذا قضى القاضي به) أى يقول سعيد بن المسيب (لا ينفذ) والشرط الإيلاج دون الإنزال ، لأن الإنزال كمال ومبالغة فيه (أى في الدخول ، والكمال قيد لا يثبت إلا بدليل ولا دليل عليه . بل الدليل يدل على غنمه لأنه ذكر العسيلة وهى تصغير العسيلة وهى كناية عن إصابة حلالة

ومالك رحمه الله يخالفنا فيه ، والحجة عليه ما بيناه . وفسره في الجامع الصغير وقال : غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الأول ، ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آتته ويشبهى وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول ماثها والحاجة إلى الإيجاب في حقها ، أما لاغسل على الصبي وإن كان يومه بم تخلفا . قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) لأن الغاية نكاح الزوج (وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له »

أو مجنوناً إذا كان يجامع مثله مسلماً أو ذمياً في الذميمة حتى يحلها لزوجها المسلم . ولو تزوجت عبداً بغير إذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يبطأها بعد ذلك حتى طلقها لا يحل للأول حتى يبطأها بعد الإجازة ، وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفساء والإحرام . وإن كان حراماً . رجل طلق زوجته فاشترى عبداً صغيراً له عشر مئة من فروجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها إياه فقبلت انفسح النكاح وحلت للزوج (قوله وفسره) أى فسر الصبي المراهق في الجامع فقال : غلام لم يبلغ ومثله يجامع ، وفي المتأخر : المراهق الداني من البلوغ ، وقبل الذى تتحرك آتته ويشبهى للجماع . وفي فوائد شمس الأئمة : إنه مقدر بعشر سنين ، ولا تنس ما أسلفناه في باب الأولياء والأكفاء من اشتراط كون الزوج كفواً على رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله إذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول أبى يوسف وهو المختار للفتوى في زماننا . وعلى هذا لو زوجت الحرة نفسها عبداً لا يحل للأول بدخوله (قوله ووطء المولى لا يحلها) لزوجها لما قلناه من أن غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجاً (قوله بشرط التحليل) أى بأن يقول تزوجتك على أن أحلك له أو تقول هى ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له » أما لو نوباه ولم يقلواه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجوراً لقصد الإصلاح . والجديد المذكور روى من حديث ابن مسعود وعلى وجابر وعقبة بن عامر وأبى هريرة وابن عباس رضى الله عنهم أجمعين ، والتخريج عن بعضهم يكفينا ، فمن ابن مسعود رواه الترمذى والنسائى من غير وجه قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له » . وصححه الترمذى وحديث عقبة هكذا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألا أخبركم بالنيس المستعار ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » رواه ابن ماجه . قال عبد الحق : إسناده حسن . وقال الترمذى في علله الكبرى عن الليث بن سعد : ما أراه سمع من مشرح بن عاهان ولا روى عنه . ودفع بأن قوله في الإسناد قال أبى مصعب

الجماع وهى تحصل بالإيلاج ، وكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال (ومالك يخالفنا فيه) أى في اشتراط الإيلاج دون الإنزال ، ويشترط الإنزال وهو إنما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في إفادة التحليل (والحجة عليه ما بيناه) أن الإنزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله (ففسره) أى المراهق (في الجامع الصغير وقال : غلام لم يبلغ النخ) وهو ظاهر . قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) إذا طلق امرأة ثنتين وهى أمة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الأول لأن غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجاً . قال في شرح الأقطع : روى أن عثمان سئل عن ذلك وعنده على وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقال : هو زوج ، فقام على مغيبها كارها لما قال وقال : ليس بزواج (ولو تزوجها بشرط التحليل) بأن قال تزوجتك على أن أحلك أو قالت المرأة ذلك (فالنكاح مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له ») فإن عمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرناه ، إذ لو أعبر بذلك في قلبه لم يستحق اللعن . وقيل معنى

وهذا هو محمله (فإن طلقها بعد ما وطئها حلت للأول) لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف أنه يقصد النكاح لأنه في معنى الموقت فيه ولا يلحقها على الأول لفساده. وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا، ولا يلحقها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجأى بمنع مقصوده كما في قتل المورث

مشرح يرد ذلك. ورواه الدارقطني معننا عن أبي صالح كاتب الليث عن الليث به، ولذلك حسنه عبد الحق فإنه رواه من جهة الدارقطني، وإلا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لأن شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط، وأبوه عثمان بن صالح المصري ثقة، أخرجه له البخاري، ومشرح، وثقه ابن القطان، ونقل عن ابن معين أنه وثقه. والعله التي ذكرها ابن أبي خاتم لم يرجع عليها ابن القطان ولا غيره. قال الزبيلي في التخريج: المصنف استدلل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهرة التحريم كما هو مذهب أحمد، لكن يقال لما ساء محلا دل على صحة النكاح لأن المحلل هو المثلث للحل فلو كان فاسدا لما ساء محلا انتهى. وظاهره أنه اعتراض ثم جوابه. أما الاعتراض فنشؤه عدم معرفة اصطلاح أصابنا وذلك أنهم لا يطلقون اسم الحرام إلا على منع ثبت بقطعي، فإذا ثبت بظني سموه مكروها. وهو مع ذلك سبب للمقاب. وأما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك، وقد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطى كلامه من تسمية المنع الثابت بظني حراما (قوله وهذا) أي المحلل للشارط هو عمل الحديث لأن عمومته وهو المحلل مطلقا غير مراد لإجماعه وإلا شمل المتزوج تزويج رغبة (قوله لأنه في معنى الموقت) والموقت في معنى التمتع، أو هو التمتع على ما حققناه فيفسد فلا يلحقها وتسميته محلا لا يستلزم الحل لحوازه كونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا للحل ولأنه ملعون، وعقد النكاح نعمة، ولو كان صحيحا لم يلحق عليه، ويؤيده ما في مستدرک الحاكم: جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لأخيه هل تحل للأول؟ قال: لا. إلا نكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه. قلنا: كونه في معنى الموقت ممنوع، إذ تعيين نهايته الوطء لا يستلزم تعيين وقته لأن الوطء قد يكون في ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريح ولا معنى، وحقيقة المحلل مثبت الحل لامن قام به مجرد طلبه، واللمنة على مباشرته من الوجه المنوع، وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث. وقوله كنا نعد سفاحا لا يستلزم أنهم كانوا لا يحكمون بحلها للأول لصدقه مع ثبوت الحرمة (قوله لأنه استعجل) حاصله أن المقدس وهو التوقيت منتف لأنه ليس بتوقيت، والغرض وهو حلها له يتخلف لأنه استعجله بطريق

قوله هو محمله الكراهة عمل الحديث لإفساده (فإن طلقها) يعني الذي شرط التحليل (بعد ما وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح، إذ النكاح لا يبطل بالشرط. وعن أبي يوسف أنه يقصد النكاح لأنه في معنى الموقت) كأنه قال تزويجك إلى وقت كذا (ولا يلحقها على الزوج الأول لفساده) فإن من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم (وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا) أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولا يلحقها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع) لأن النكاح عقد العمر فيقتضي الحل على الأول بعد موت الثاني، فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل (فيجأى بمنع مقصوده كما في قتل المورث) وذكر في روضة الزنويسي أن أبا حنيفة

(قوله لأن النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للأول بعد موت الثاني) أقول: وفيه شبه.

(وإذا طلق الحرة طليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني مادون الثلاث كما يهدم الثلاث . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا يهدم مادون الثلاث)

محظور كخاتل المورث ، إلا أن هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - فالحل كان ثابتا ثم اعترض علمه مغيا بنكاح زوج غيره ، فعند وجود الغاية ينهى المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة ، فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البتة . ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل أن تقول زوجتك نفسي على أن أمرى يبدى أطلق نفسي كلما أريد ، فإذا قيل على هذا جاز النكاح وصار الأمر بيدها ، وهذا بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل يطل ويصح النكاح . وذهب بعضهم إلى أنه يصح الشرط أيضا ، حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه . ونقل عن أبي حنيفة رحمه الله في روضة الزندوسقي ذلك ، وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية ، ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبؤ عنه قواعد المذهب لأنه لاشك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد ، والعقد في مثله على قسمين : منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ؛ ومنها ما يطل فيه الشرط ويصح الأصل . ولا شك أن النكاح بما لا يطل بالشروط الفاسدة بل يطل الشرط ويصح هو ، فيجب بطلان هذا وأن لا يجبر على الطلاق . نعم يكره الشرط كما تقدم من عمل الحديث ، ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة . وما أورده السروجي من أن الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل كلامهم لأنه لا يلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون بما هو معروف بين الناس متداول ، إنما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهورا به . وهنا قول آخر وهو أنه ما جبر وإن شرط لقصد الإصلاح ، وتأويل الممنع عند هؤلاء إذا شرط الأجر على ذلك . هذا ، ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر : كنا نعد سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لا يمكن أن يقال : إن مقتضى اللفظ إن تعلق الممنع به إذا كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الأمر شرط أولا ، لأن المحلل من فعل بتشديد العين وهو الشك في فعل الفاعل أو المفعول ، فلو أراد تعليق الممنع به بمرة إذا شرط لقال المحلل من أجلها بهزمة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وإن لم يكن فيه تكثير (قوله ويهدم الزوج الثاني الطليقة والطليقتين) يعنى إذا كان دخل بها ، ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق ، وتقييده في صورة المسئلة بالحرمة لوضعها في هدم الطليقة والطليقتين ولا يتحقق في الأمة إلا هدم طليقة واحدة ، لا لأنه لا يهدم في الأمة أصلا (قوله وقال محمد لا يهدم) والمسئلة مختلفة بين الصحابة ، فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبيرة

قال : النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا لم يطلقها الثاني بعد طلقه إياها يجبره القاضي على ذلك ، وتحل للزوج الأول إذا طلقها الثاني برأيه أو بأمر القاضي إياه . قال الإمام ظهير الدين : هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب (وإذا طلق امرأته الحرة طليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني الطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث) يعنى أنه يجعل ذلك الباقي من الملك الأول كأن لم يكن ، ولا تحرم الحرمة الغليظة إلا إذا طلقها ثلاثا جميعا أو فرادى (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر (وقال محمد) وزفر والشافعي (لا يهدم) ويبقى الزوج ملكا بما عني من الأول ، وتحرم الحرمة الغليظة إذا انتهى ذلك ، وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة

لأنه غاية الحرمه بالنص فيكون منيا ، ولا إنهاء للحرمه قبل الثبوت . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له »

قال : كنت جالسا عند عبد الله بن مسعود إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يزوجهها على نكح هي عنده ؟ فالتفت إلي ابن عباس وقال : ما تقول في هذا ؟ قال : يهمل الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث ، وأسأل ابن عمر ، قال : فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس . وروى البيهقي عن طريق الشافعي بسنده عن عمر بن عمرو قال : هي عنده على ما بقي ، ونحوه عن علي . ونقل عن أبي بن كعب وعمران بن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شيان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والرجيح بالوجه (قوله لأنه غاية الحرمه) أي لأن الزوج غاية الحرمه الثابتة بقوله تعالى - فلا تحمل له - أي مطلقا لا ينكح ولا يملك بمن- حتى تنكح زوجا غيره - فيكون : أي الزوج منيا للحرمه ، ولا إنهاء للحرمه قبل الثبوت : أي ثبوتها فاللام بدل الإضافة ولا ثبوت لها إلا بعد الثلاث فلا يكون منيا قبلها ، فصار كما لو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات . قلنا : قد علمنا بالنص وجعلناه منيا للحرمه في صورة الحرمه الغليظة ، لكن ثبت له وصفت آخر بنص آخر وهو إثبات الحل مطلقا قلنا به وتركتم أنتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا . وجه الاستدلال أنه مناه محلا ، وحقيقته مثبت الحل كالحرمة والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمه والسواد ونحو ذلك . فإن قلت : تقدم آنفا أن حمل الحديث الشارط للحل للعلم قطعا أنه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق العنة . وإلا لتعلقت بالزوج تزويج رغبة فلا بد من كون متعلق العنة على ما قالوا شارط الحل فلا يكون فيه دليل على أنه مثبت للحل الجديده شرعا لأنه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه . قيل : لاشك أن الزوج ثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل ، فالنهي حينئذ : لعن الله مثبت الحل إذا شرط الحل ، فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظ من التركيب المذكور بل كله مضمر ، ففيه حينئذ دليل على أن الزوج مثبت الحل وتعلق العنة به إذا شرطه ، وبه يندفع ما قدمناه . ويظهر أن المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث أن يحمله لعنة المحلل إذا شرطه لأن المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بيننا من أنه لا بد من كونه مثبتا له . نعم يرد عليه ما قيل إنه لما جعل محلا في صورة الحرمه الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها . وأجيب بأنه يثبت فيها بدالته لأنه لما كان علقا في الغليظة في الخفية أولى . وأيضا بالقياس عليه في صورة الحرمه الغليظة بما مع كونه زوجا لأن صورة الحرمه الغليظة على والمحل لا يدخل في التعليل ، لأنه لو دخل لانسد باب القياس لأن محل الأصل غير محل الفرع . وأورد عليه أن ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لأن الحل ثابت فيه ، وتحصيل الحاصل محال . أجيب إن لم يقبل المحلل أصل الحل يقبل ثبوت وصف

فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة ، والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة . استدلل محمد بأن الزوج الثاني غاية للحرمه بالنص ، قال الله تعالى - فإن طلقها فلا تحمل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - على ما تقدم ، وكل ما كان غاية للحرمه فهو منه ما ، لأن المنها ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منيا للحرمه ، ولا إنهاء للحرمه قبل ثبوتها ، وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » . ووجه الاستدلال أن أهل الحديث أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني ، وكان المراد بالمحلل

سياه محلا وهو الميثب للحل (وإذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل في الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتل ذلك جاز الزوج أن يصدقها. إذا كان في غالب ظنه أنها صادة)

الكامل فيه ، بأن يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلاقين ، وما صلح سيبا لأصل الشيء صلح سيبا لوصفه بالطريق الأولى ، وفيه نظر ، إذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محلا ، ومفهومه لا يزيد على أنه مثبت لجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه ، وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه ، وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال ، وهو أنه محل ابتداء فيه الحل لاستيفاء الزوج ماله من الطلقات قبله ، وحيث ابتداء ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا ، فظهر أن القول ما قاله محمد وباقي الأئمة الثلاثة ، ولقد صدق قول صاحب الأسرار : ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهما ويصعب الخروج منها ، وقد يستدل على المطلوب بجديت العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم « أتريدن أن تعودى إلى رفاعة ؟ قالت نعم ، قال لا حتى تلوق عسيلته ففيا عدم العود بالنوق . فعنده ينهى علمه ويثبت هو ، والعود هو الرجوع إلى الحالة الأولى وهى ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات ، وليس بشئ لصدق حقيقته قبل الزوج الثانى لو قال يعد الطلقة والطلاقين بلا محلل زوج أتريدن أن تعودى إلى فلان صدق حقيقته وإن كان العود لا إلى ما يملك به ثلاثا . فالحاصل أن العود إلى عين الحالة الأولى محال ، فالمراد العود إلى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانقضاء اشتراط عموم وجه التشبيه (قوله فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل في الزوج وطلقني وانقضت عدتي) في النهاية : إنما ذكر إخبارها هكذا مبسوطا ، لأنها لو قالت حلت لك فزوجها ثم قالت لم يكن الثانى دخل في ، إن كانت عامة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق ، وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق في كل حال . وعن السرخسى : لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد . وفي التصاريق : لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ماتت زوجت أو ما دخل في صدقت إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها . واستشكل بأن إقدامها على النكاح إعراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغي أن لا يقبل منها ، كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحه الغير

الزوج الثانى (سياه محلا وهو الميثب للحل) ثم الحل الذى يثبت به إما أن يكون الحل السابق ، أو حلا جديدا لاسيلى إلى الأول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثانى ، وبالضرورة يكون غير الأول والأول حل ناقص وكان الجديدا كاملا ، وهو ما يكون بالطلقات الثلاث ، فإن قيل : سلمنا أن المحلل هو الميثب للحل وأن يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضى أن يكون ذلك في المطلقة ثلاثا لأمرين : أحدهما ما ذكره المصنف أن عمله هو شرط التحليل وذلك لا يكون إلا في المطلقة ثلاثا . والثانى أن الحل قبل ذلك ثابت فيصرف إلى ما ليس بثابت محلا بالحقيقة . فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو عمله معنيين : أحدهما ما ذكرت وليس بمرضى . والثانى أن عمله الكراهة لا الفساد ، وحينئذ يندفع الأمر الأول ، فإن الحل وإن كان قبل ذلك ثابت لكن إطلاق المحلل يقتضى أن يكون الزوج الثانى على الإطلاق محلا ، فصره إلى بعض الصور بتقييد بلا دليل ، والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الأمر الثانى (وإذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي)

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو عمله الخ) أقول : وكان يمكن له أن يجب بأن شرط الحل بعض في غير المطلقة ثلاثا ، فإنما نقوله : يجب بالزوج الثانى الحل الجديده لزوج الأول فيملكها بثلاث تطليقات (قوله وحينئذ يندفع الأمر الأول) أقول : فيه بحث .

لأنه "معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به ، وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر إذا كانت المدة محتملة ، واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنيتها في باب العدة .

أو محرماً أو كان العقد بغير شهود ، ذكره في الجامع الكبير وغيره ، بخلاف قولها لم تنقض عتقي . ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ، ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كاله إن دخل بها انتهى من قائله . ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الإشكال المذكور ، قال في الفتاوى في باب الباء : أو قالت بعد ما تزوجها الأول ما تزوجت بآخر وقال الزوج الأول تزوجت بزواج آخر ودخل بك لاتصدق المرأة انتهى . ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسداً لأنني جمعت أمها إن صدقته المرأة لا تحل للزوج الأول وإن كذبته تحل ، كذا أجاب القاضي الإمام . ولو قالت دخل في الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها ، وكذا على العكس . وفي النهاية ولم يمر بي : لو قال الحفل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها إن تزوجتها هل تحل للأول ؟ قلت : يبنى الأمر على غالب ظنها ، إن كان صادقاً عندها فلا تحل له ، وإن كان كاذباً تحل . وعن الفضل : لو قالت تزوجني فلاني تزوجت غيرك فطلقني وانقضت عتقي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت إلا أن تكون أفرت بدخول الثاني ، كأنه والله أعلم بحمل قولها تزوجت على العقد ، وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل في لاعلى إنكار ما اعترفت به ، ولذا قال : إلا أن تكون أفرت بدخول الثاني فإنه لم يقبل قولها فلأنها حينئذ تكون مناقضة صريحة . وسئل نجم الدين النسي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحنث فأقنيت المرأة بوقوع الثلاث وخافت إن أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعد ما يفارقها يسفر وتأمره إذا حضر بتجديد العقد ؟ قال : نعم ذبانه (قوله لأنها معاملة) أنث الضمير وإن كان مرجعه وهو النكاح مذكراً لتأنيث خبره وفي غير نسخة لأنه على الأصل (وقول الواحد فيهما مقبول) كالكالات والمضاريبات والإذن في التجارات ، ولذا يقبل قول الإمام والبيد والحدية (قوله وهو غير مستنكر إذا كانت المدة محتملة) أفاد أن تصديقها إذا وقع في قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك (قوله وسنيتها في العدة) قال في النهاية : وقعت هذه الحوالة غير راجحة لأنه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها . وأجاب

على ما ذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (واختلفوا في أدنى هذه المدة) قال أبو حنيفة : لاتصدق في أقل من ستين يوماً . وقال أبو يوسف ومحمد : تصدق في تسعة وثلاثين يوماً ، ونخريج قولهما أنه يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من أجزاء الطهر ، وحيضها أقل الحيض ثلاثة ، وطهرها أقل الطهر خمسة عشر يوماً ، فالثلاثة إذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون يوماً ، فلذلك صدقت في تسعة وثلاثين يوماً لأنها أمانة أخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها . وأما نخريج قول أبي حنيفة فيجعل كأنه طلقها في أول الطهر تحجزاً عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع ، وطهرها خمسة عشر يوماً لأنه لا غاية لأكثر الطهر فقد رناه بأقله ، وحيضها خمسة لأن من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض ، أو يمتد إلى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك ، وهو خمسة وثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين ، وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوماً فلذلك ستون يوماً ؛ وهذا على ما ذكره محمد . وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لأن التحرز عن تطويل العدة واجب ، وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة ، لأنها قدرنا طهرها بأقل المدة نظراً لما يتندر حيضها بأكثر المدة نظراً للزوج ، وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون ، وطهران كل طهر خمسة عشر فلذلك ستون يوماً . وقوله (وسنيتها في باب العدة) قال في النهاية :

بعضهم بأنه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد في عدة غير هذا الكتاب . ومثل هذا مما يفضى العجب من تسطيره في الأوراق من هو من أهل العلم ولا توفيق إلا بالله ، وإذا لم يعرف بيانها في الكتاب تبين تعيينها في الشرح ، وذكر نذرة من الخلاف . اختلف العلماء في أقل ما تصدق إذا ادعت انقضاء العدة بالأقراء : فقال أبو حنيفة : لا تصدق في أقل من ستين يوما إن كانت حرة ، وقالوا : أقلها تسعة وثلاثون يوما . وقال شريح : لو ادعت ثلاث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العلول من بطانة أهلها أنها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلى فقد انقضت عدتها ، قال له علي رضي الله عنه : قالوا ومعناه بالرومية أحسن . ومذهب الشافعي رحمه الله أنها اثنان وثلاثون ولحظتان إن وقع الطلاق في الطهر ، وسبعة وأربعون يوما لحظة إن وقع في الحيض . وقال أبو ثور : سبعة وأربعون . وقال مالك في الجواهر : أربعون . وقال إسماعيل بن راهويه وأبو عبيد : إن كان لها أقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها تصدق على ما يشهد به ، وإلا لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر . وقالت الخنابلة : تسعة وعشرون يوما إن قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر . وإن قلنا خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين ، وما أحسن قول إسماعيل وأبي عبيد ، وهذا لأن العادة أن الشهر الواحد لا يشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة إذا أخبرت بما دونه ، والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ، ألا ترى أن الوصي إذا قال أنفقت عليه مائة في يوم لا يصدق وإن احتمل صدقه بأن تكرر هلاك المشتري في اليوم ، أو لا يرى أن الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الأقراء في الآيسة والصغيرة قد العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى - وللائي يسن من الحيض من سنائك إن أرتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر - بخلاف ما إذا أشهد بما دون العادة فإنه حينئذ ثبت أن هذا من النادر ، وهذا هو المذكور في وجه قول أبي حنيفة رأيت أن قول إسماعيل ومن معه أولى به ، فإن لم يؤخذ بهذا ينبغي أن لا يعدل عن قول أبي حنيفة وتخريجه على قول محمد أن يجعل مطلقا في أول الطهر تقاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج إلى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوما كل طهر بخمسة عشر ، وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذنا بالوسط فيه ، وعلى قول الحسن بن زياد أن يجعل مطلقا في آخر الطهر تقاديا من تطويل العدة فيحتاج إلى ثلاث حيض بثلاثين يوما اعتبارا للأكثر وطهرين بثلاثين يوما ، ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما ، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين . وعلى تخريج محمد أقله أربعون يوما الطهر الذي وقع الطلاق في أوله ، والمبطل ثلاثون وحيضتان بعشرة . وتخريج قولها أن يجعل مطلقا في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبارا لأقله ، ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما ، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه أحد وعشرون يوما حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوما ومثله للثاني وزيادة طهر : يعني إذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن يتزوجها لا يجوز حتى يحسب مع المدتين طهر آخر في كل تخريج جعل

وقعت هذه الحوالة حوالة غير راجحة لأنه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره . ورد من حيث اللفظ والمعنى ، أما اللفظ فلأن مثل هذا يسمى وعدا لاحوالة ، فكان ينبغي أن يقول وعد غير منجز ، وأما المعنى فلأنه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر . وأقول : الأول ظاهر ، والثاني خلاف الظاهر ، والله أعلم :

(باب الإيلاء)

الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر ، لأن الزوج الثاني إذا جعل مطلقا في آخره والفرض أن عدة الأول انقضت بأول الطهر لزم ماقلنا ، ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وعثمانين يوما في قوله على تخريج محمد ، وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر بخمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين ، وهذا لأن المرئى في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده ، وكون ما بعده حيضا موقوف على تقدم طهر تام وهو ماقلنا ، هذا في حق الزوج الأول ، ثم يحتاج في الثاني إلى ستين على ما سمعت على التخرمين . وعند أبي يوسف تصدق في حق الأول في خمسة وستين يوما لأن نفاسها يقدر بأحد عشر يوما عنده لأن مدته أكثر من مدة الحيض ، فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعد هذا بثلاث حيض وثلاثة أطهار ، ويحتاج في حق الثاني إلى ثلاث وثلاثة أيضا . وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وساعة لأنه لا غاية لأقل النفاس ، فإذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران ، ويحتاج في حق الزوج الثاني إلى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أطهار ، وهذا في حق الحرة ، وأما في حق الأمة فتخريجه على المذهب غير خاف ، والله الموفق .

(باب الإيلاء)

تحريم الزوجة بأربعة طرق : الطلاق ، والإيلاء ، واللعان ، والظهار . فبدأ بالطلاق لأنه الأصل ، والمباح في وقته . ثم أولاء الإيلاء لأنه أقرب إليه في الإباحة ، لأنه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء . والتحقيق أن تحريمها ليس إلا بالطلاق في الحال أو إلى انقضاء العدة ، غير أن ثبوته بأسباب الأصل والأشهر منها الابتداء به تنجيذا أو تعليقا فقدم ، ثم أولى الإيلاء لأنه لا يلزمه به المعصية ، إذ قد يكون برضاها خوفا غيل على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فينتفان عليه لقطع لحاج النفس ، بخلاف الظهار واللعان فإنهما لا ينفكان عن المعصية . ولهذا قدم عليهما الخلع لأنه أيضا لا يستلزمها لجواز أن تسأله لا لنشوز بل لقصد التخلي للعبادة أو لمعجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره ، وإنما قدم الإيلاء عليه مع اشتراكهما في عدم

(باب الإيلاء)

قال في النهاية : ذكر في الأسرار في أول كتاب الطلاق منه : التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع : الطلاق ، والإيلاء ، واللعان ، والظهار . ثم قال : فبدأ بالطلاق لأنه الأصل . والمباح للزوج في وقته . ثم أدنى درجة منه في الإباحة الإيلاء ، لأنه من حيث أنه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجيء ، وكان أدنى منه في الإباحة . وهو في اللغة عبارة عن اليمين . يقال آتى يولئ إيلاء : إذا حلف . وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعا موكدا باليمين ، وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة ، وهما متشابهان في أن الإيانة فيهما مؤقتة إلى وقت ، لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لأن التناكح فيه لا يستعقب مكروها . ومنهم من يختار الإيلاء لما أن التناكح فيه غير متضمن

(باب الإيلاء)

استلزام المعصية والافتكاك عنها لاختصاصه هو زيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد . والإيلاء لغة اليقين ، والجمع الألياء . قال الشاعر :

قليل الألياء حافظ ليعينه وإن بددت منه الألية برت

وفعله آلى يولى إيلاء كتصريف أعطى . وفى الشرع : هو اليقين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعلق ما يستشفه على القربان ، وهو أولى من قوله فى الكنز : الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر ، لأن مجرد الحلف يتحقق فى نحو قوله إن وطئتك فله على " أن أصلى ركعتين أو أغزو ، ولا يكون بملك موليا ، لأنه ليس مما يشق فى نفسه وإن تعلق إشفاقه بعراض ذم فى النفس من الجبن والكسل ، بخلاف إن وطئتك فعل " حج أو صيام أو صدقة فالمولى حينئذ من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه ، وهو أولى من قولهم من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو إن قربتك فبعده حر أو فلانة طالق . وأما ركنه فهو الحلف المذكور ، وشرطه محبة المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر ، والأول بالزوجة والثانى بأهلية الطلاق عنده . وعندهما بأهلية الكفارة فيصبح إيلاء الذى عنده بما فيه كفارة نحو والله لأقربك ، فإن قربها لانتزيمه كفارة ، وإن مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما ، أما لو آلى بما هو قرينة كإن قربتك فعل " حج أو صلاة أو صوم فلا يصح انصافا ، ولو آلى بما لا يلزم قرينة كإن قربتك فبعدى حر ونحوه صح اتفاقا ، وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ، ووقوع طلاقه بآنية بتقدير البر ، والفاضة صريح وكتابة ، فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطوك لا أبضعك لا أقتل منك من جنابة ، فلو ادعى أنه لم يعن الجماع لم يدين فى القضاء ، والكتابة نحو لا أمسك لا آتيتك لا أضاحك لا أفسطت لا أسوئتك لا أدخل عليك لا أجمع رأسى ورأسك لا أضاحمك لا أقرب فراشك فلا يكون إيلاء بلا نية وبدين فى القضاء . وقيل الصريح لفظان : لا أجامعك ، لا أنيكك ، وهذه كتابات تجرى مجرى الصريح ، والأولى الأول لأن الصراحة منوطة بقبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا بالتحقيقة ، وإلا لوجب كون الصريح لفظا واحداً وهو ثانى ما ذكر . وفى البدائع : الانقضاء فى البكر يجرى مجرى الصريح ، والدنو كتابة ، وكذا لا آيتت معك فى فراش ، ويخالفه ما فى المتن لا أنام معك إيلاء بلا نية ، وكذا لا يمس فرجى فرجك . فى النخبة : وفى جوامع الفقه ما يخالفه قال : لا يمس جلدك لا يصير موليا لأنه يمكن أن يلف ذكره بشيء . وفى الرمثانى : يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول ، قيل فيه بعد وهو حق لأن القرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كتابة منفردة إلى النية وهو فرع أن يراد به ذلك ، ولا يحنث إلا بالجماع فيكون موليا . وفى النخبة : لو قال لأنامك مول فإن عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر لأن هذا إيجاب فى الشرع ، وإن عنى به الإيجاب فهو مول فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لأنه أوجب الإيلاء

تقصان عدد الطلاق ، بخلاف الطلاق الرجعى . وشرطه أن يكون صادرا من أهل الطلاق عند أى حنيفة ، أو من أهل وجوب الكفارة عندهما فى متكوتة فى مدة أربعة أشهر فصاعدا . وركنه أن يقول : والله لأقربك أربعة أشهر ونحوه ، أو يقول : إن قربتك فبعدى حر وأمثاله . وحكمه لزوم الكفارة بالقربان فى الأول ولزوم الجزاء فى الثانى ، ووقوع تطليقة بآنية إذا مضت مدة الإيلاء فهو يمين يرتب على الحنث والإير فيه شيء ، ومن هنا قيل

(وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى - للذين يؤثرون من نسائهم ربص أربعة أشهر - الآية (فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة) لأن الكفارة موجب الحنث (وسقط الإيلاء)

بهذا اللفظ . ولو قال أنت على مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته ، فإن نوى الإيلاء كان موليا لأنه شبهها بها في اليمين ، وإن لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا . ولقائل أن يقول : الإيلاء الحلف الخ ، وقوله أنت على مثل امرأة فلان أو أنا مول ليس فيه صيغة حلف إنشائية ولا تعليلية ، لأن معنى الحلف قوله والله لا أقربك ونحوه أو إن قربتك ، وليس قوله أنت مثلي إياه ولا محققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا ، إلا أن هذا جواب الرواية ، صرح به الحاكم أبو الفضل في مختصره . وفيه : لو آلى من امرأته ثم قال لأخري أشركتك في إيلاءه كان باطلا . ولو قال : إن قربتك فعل يمين أو كفارة يمين فهو مول . والجواب أن قوله أنا منك مول معناه أنا منك حالف ، ومعلوم أن انعقاد اليمين بقوله أحلف فقط كما ينعقد بقوله أحلف بالله فينعقد بقوله أنا حالف ، وكذا التشبيه المذكور بثول إليه . ولو قال : لا وطئت في الدبر أو فيها دون الفرج لم يصر موليا ، خلافا لما لك رحمه . ولو قال : لا جامعتك إلا جماع سوء سئل عن نيته ، فإن قال أردت الوطء في الدبر صار موليا ، وإن قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على نحو التقاء الختانين فليس بمول ، وكذا إن لم تكن له نية ، وإن قال أردت دون ذلك فهو مول (قوله ولزمته الكفارة) ليس حكم المولى مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولى المذكور في قوله إذا قال الرجل والله الخ لما استعرف أن المولى قد لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير . وقال الشافعي رحمه الله في القديم : لا كفارة في خصوص هذا الحنث لأنه تعالى وعد المغفرة بتقدير التوبة ، والمزاد الجماع لأنه في الأصل الرجوع ، وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك ، قال الله تعالى - فإن فاعوا فإن الله غفور رحيم - وقوله الجديد كقولنا لأن وعد المغفرة بسبب القيمة التي هي مثل التوبة لا ينأى لإلزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الديني والأخروي : أعني المغفرة وسقوط الكفارة ، وثبوت أحدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية إذا حنث الخالف فيها توبة ، فإن التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها إحصالا لإطلاق قوله تعالى - ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان فكفارته - الآية ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الصحيح « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكنفر عن يمينه وليأت الذي هو خير » وهو قول الأربعة والجمهور . وقال الحسن : لا كفارة عليه . قال قتادة : يخالف الحسن الناس (قوله وسقط الإيلاء)

المولى هو من لا يخلو عن أحد المكروهين (وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك ، أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى - للذين يؤثرون من نسائهم ربص أربعة أشهر - الآية ، فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة ، لأن الكفارة موجب الحنث) وقال الشافعي : لا تلزمه الكفارة لأن الله تعالى قال - فإن فاعوا فإن الله غفور رحيم - وعد المغفرة ، والمغفور لا يجب عليه عقوبة . قلنا : وعد المغفرة في الآخرة ، وذلك لا ينأى وجوب الكفارة في الدنيا (وسقط الإيلاء) على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع الطلاق

(قوله وإذا قال الرجل لامرأت) أقول : أي التبرع بالخائفة (قوله أو قال والله الخ) أقول : يعني لامرأته سواء كانت حائضا أو طاهرة (قوله وقال الشافعي) أقول : في القديم .

لأن الميمن ترتفع بالحنث (وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطبيقه) وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي

بإجماع العلماء على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق آخر لأن الميمن تنحل بالحنث (قوله وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي) لم يقل الشافعي تبين، بل قال يقع رجعياً سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم، وبه قال مالك وأحمد: ورجح بأن الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة إلا الثابت بالنص. والجواب منع كلية الكبرى، وتقدم وجه دفعه في الكتابات، غير أنه يستدعي سبياً، والسبب هنا أنه وقع للتخلص من الظلم، والرجعي لا يفيد ذلك لأنه بسبيل من أن يردّها إلى عصمته ويعيد الإيلاء فتعين البائن تمكك نفسها وتزول سلطته عليها جزاء لظلمه مع ورود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها بإثباته. ثم الخلاف في موضعين: أحدهما أن التي عنده يكون قبل مضى المدة ويكون بعدها وعند مضيا يوقف إلى أن ينيء أو يطلق لقوله تعالى - فإن فاعوا - والقاء التعقيب فاقضى جواز التي بعد المدة. وعندنا التي في المدة لا غير. والجواب أن القاء التعقيب المعنى في الزمان في عطف المقر كجاء زيد فعمرو، وتدخل الجمل لتفصيل يحمل قبلها وغيره، فلما كانت للأول نحو - فقد سألوا موسى أكرم من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة - ونادى نوح ربه فقال رب إن ابني من أهلي - ونحو: توشاً ففسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب، بل التعقيب الذكرى بأن ذكر التفصيل بعد الإجمال، وإن كانت لغيره فكأن الأول كجاء زيد فقام عمرو، وكل من التعقيبين جائز الإرادة في الآية، المعنوي بالنسبة إلى الإيلاء، - فإن فاعوا - أي بعد الإيلاء، والذكرى فإنه لما ذكر تعالى أن لم من نسائهم أن يتربصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الأمرين، فقله تعالى - فإن فاعوا - إلى قوله - سميع علم - واقع بهذا المعرض فيصبح كون المراد - فإن فاعوا - أي رجعوا عما استمروا عليه بالوطء في المدة تعقيباً على الإيلاء التعقيب الذكرى أو بعدها تعقيباً على التربص - فإن الله غفور - لما حدث منهم من الميمن على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب القية التي هي توبة، أو غفور للحنث في الميمن إن كان برضاها لفرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافيته عنه، فغفرنا فإذا قراءة ابن مسعود - فإن فاعوا فيهن - ترجع أحد الجائزين وهوكون التي في المدة، إما باعتبار أن الأصل توافق القراءتين شاذتين كانتا أو إحداهما شاذة فتزول تفسيراً للمراد بالآخرى، ولما باعتبار أنها تستقل بإثبات كونه في المدة إذ لا تعارض القراءة المشهورة لأنها أعم من كونها فيها أو بعدها بناء على أنها حجة عندنا، وإن أبي الخصم ورد المختلف إلى المختلف يتم إذا أثبت الأصل، ولا شك أن القراءة الشاذة إنما يقرؤها الراوي خبراً عن صاحب الوحي قرأنا فانضاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الأخص، فإن القرآنية أخص من الخبرية، وانتفاء الأخص لا يستلزم انتفاء الأعم، فدار الأمر بين كونها قرأنا أو خبراً عن صاحب الوحي، وذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها. فإن قيل: حاصل المقاد بها جواز التي في المدة ونحن لا نكر ذلك، ولما الكلام في أن له أن ينيء بعدها، وتنحل يمينه إذا لم ينيء فيها أولاً بل بمجرد مضيا وقع الطلاق فلا يتمكن من التي أثبتناه، والقراءة المذكورة لا تنفيه. قلنا: ليس كذلك فإنه تعالى جعل حكم الإيلاء على هذه القراءة أن ينيء في المدة أو يثبت الطلاق بتطبيقه أو تعليق القاضي على الخلاف

(لأن الميمن ترتفع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطبيقه) لأن معنى الإيلاء عندنا: إن مضت أربعة أشهر ولم أجاملحك فأنت طالق تطليقة بائنة. وعند الشافعي لا تنفع الفرقة بمعنى المدة، ولكنه توقف بعد المدة على أن ينيء إليها أو يفارقها، فإن أبي أن يفعل (تبين بتفريق القاضي) بينهما، وكان بتفريق تطليقة بائنة

لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الحب والعنة . ولنا أنه ظلمها بمنع حقها

هذا هو المقاد بقوله تعالى - فإن فاعوا - فيمن فكذا - وإن عزموا الطلاق - فكذا على ما عرف من التأويل لأن الترديد مأخوذ في كل قسم منه تنقيض الآخر ، أى وإن عزموا الطلاق . فام يغيثوا فيها وهو لازم فلهم لو فاعوا فيمن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة أن لا في إلا في المدة . الثاني أن يمضي المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون إلا بطلاقه أو بطلاق القاضي لقوله تعالى - وإن عزموا الطلاق - فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه ، ولأن النص يشير إلى أنه مسموع وهو قوله - فإن الله سميع عليم - والوجه الذي ذكره المصنف وحاصله إلحاق المولى بالعين في حكم هو إلزامه بالطلاق ، فإن لم يفعل طلق عليه بجماع أنه امتنع عن الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان ، وإلا كان موقفا من غير إيقاع . والجواب قوله لا يتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع ، بل إذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم ، فعنى - فإن عزموا الطلاق - فإن استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة - فإن الله سميع - بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقابلة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان - عليم - بما استمروا عليه من الظلم ، وفيه معنى الوعيد على ذلك ، واندرج في هذا جواب الثاني . وعن الأخير بأن العين ليس بظالم فتاسبه التخفيف عليه ولذا كان أجله أكثر ، والمولى ظالم بمنع حقها فيجأزى بوقوعه بنفس الانقضاء ، ولا نسلم أنه بلا إيقاع بل الزوج بالإيلاء موقف ، فقد كان في الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع موجلا . أو نقول : جاز أن يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق ، وهذا لأن حقيقة الطلاق إنما هي رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ، ولفظ أنت طالق الآلة التي يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع بثبوته على اللفظ ، ألا يرى أنه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة . لا يقال : كيف يكون ظالما بذلك وهو بطلته واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم . لانا نقول : ذلك في الحكم ، فأما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه أن يحامها أحيانا ليعفها ، فإن أبى كان عاصيا . والنصوص من السنة والآثار تنفي ذلك ، لكن يبي أن يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه ، لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا ، فإن الآية وإن صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلّم لكن الظاهر منها ما قلنا . والجواب أن قراءة ابن مسعود لما أفادت أن لا في بعد المدة لزم انتفاء قولكم من إلزامكم بأحد الأمرين من التمسك أو الطلاق ثبت أن المراد بها ما قلنا ، وإلا لزم إحداث قول ثالث وهو إلزامه بعد المدة بأمر واحد وهو الطلاق ، وهذا التقرير هو محل استدلال المصنف حيث قال : ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجأزاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة ، وإلا فظاهرها أنه مصادرة لأنه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال : فجأزاه بذلك بالنص . وتقريظه أن القراءة مفسرة بكون التمسك في المدة بقراءة أخرى إلى آخر ما ذكرنا ، واحتج أيضا بآثار وهي ما روى الدارقطني قال : حدثنا أبو بكر الميموني قال : ذكرت لأحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان بن عفان . به ما سنذكره مما يوافق مذهبنا قال : لا أدري ما هو قد روى عن عثمان خلافه . قيل له من رواه ؟ قال : حبيب بن أبي ثابت عن طلوس عن عثمان ، وما روى مالك في الموطأ

(لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الحب والعنة . ولنا أنه ظلمها بمنع حقها)

فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلى* والعبادة الثلاثة وزيد ابن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين ، وكفى بهم قدوة ، ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يقول : إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق ، فإن مضت الأربعة الأشهر توقف حتى يطلق أو ينيء . وما روى البخاري عن ابن عمر بسنده أنه كان يقول في الإيلاء الذي سمى الله تعالى لآجل بعد ذلك الأجل إلا أن يمكك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى . وقال : أي البخاري : قال لي إسماعيل بن أبي أويس : حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال : إذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى . وقال الشافعي : حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال : أدركت بضعة عشر رجلاً من الصحابة كلهم يقول يوقف المولى . وقال بعضهم : روى سهيل بن أبي صالح عن أبيه قال : سألت أبا عبد الله عن رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر . قلنا : الآثار الأربعة الأولى معارضة . أما الأولى فما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سبرة عن عبد الرحمن بن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الإيلاء : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعد عدة المطلقة . وهذا أولى لأن سنده جيد ، ووصول ، بخلاف ذلك فإن حال رجاله لا يعرف إلى حبيب ، وهو أيضاً أعضله ، ولا يعلم أن طاروساً أخذ عن عثمان فهو منقطع . وأما الثاني فما أخرجه عبد الرزاق : أنبأنا معمر عن قتادة أن علياً وابن مسعود وأبنا عباس رضي الله عنهم قالوا : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها وتعد عدة المطلقة ، وكل منهما مرسل ، فإن رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم مرسل ، وكذا قتادة وهما متعاصران ، وتوفي قتادة سنة سبع عشرة أو ثمان عشرة ومائة على اختلاف الأقوال ، وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول . وقال غير واحد : سنة ثمان عشرة ، وقيل سنة أربع عشرة ، وقيل خمس عشرة ، وقيل ست

وهو الوطء في المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة) تخليصاً لها عن ضرر التعليق ، ولا يحصل التخليص بالرجمي فوقع باتنا (وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادة الثلاثة وزيد بن ثابت) . وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر ، وعند الحديثين هم أربعة : ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمر ، ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود . واعتبر بأن الزوج إنما يكون ظالمًا بمنع حقها إذا لم يكن وطئها مرة ، وأما إذا وطئها فقد سقط حقها . وأجيب بأن حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء ، وأما في الديانة فلم يسقط ، وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنع حقها ديانة ، وفيه نظر لأنه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه لأنه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة ، وليس كذلك (ولأن الإيلاء كان طلاقاً في الجاهلية) على الفور بحيث لا يقر بها الشخص بعد الإيلاء أبداً (فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة)

(قوله وأجيب بأن حقها سقط بالجماع الخ) أقول : بما يظهر أن لها حقاً في الجماع في كل أربعة أشهر مرة لأقل ، فلو منعها عن ذلك الله عنه حين منع من تلك المرأة ما منعها من حقها رضي الله عنها : كم تعبر المرأة عن زوجها الخ في ما مضى في الغاية (قوله وفيه نظر لأنه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه) أقول : كيف لا يحكم بوقوع الطلاق بلفظه السابق حين أكد له حقها ديانة ، فإن الطلاق لا ينقض بالديانة غاية أنه يترتب حل ما يتعلق لها . ثم يرد على القاضي لأن الملقوق عنه هو القاضي فليأمل ، أو التفصيل في فروع الزيارات وفيه ، وفيه

(فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) لأنها كانت مؤقتة به

عشرة فاعتدلا في هذا القدر . ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظم الحفظ والإيمان والمحافظة على الأداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من المثبت لحمد . قال عبد الرزاق عن معمر : جاء رجل إلى ابن سيرين فقال : رأيت حمامة التقت لؤلؤة فخرجت عنها أعظم مما دخلت ، ورأيت حمامة أخرى التقت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ، ورأيت أخرى التقت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء . فقال له ابن سيرين : أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذلك الحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواظبه . وأما التي خرجت أصغر فذلك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسأل . وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى . وفي نزاجه العجائب من حفظه . وأما الثالث والرابع فما أخرجه ابن أبي شيبة قال : حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : إذا آلى فلم يبق حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة . ورجال هذا السند كلهم أخرج لم الشيوخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضا ، ولم يبق إلا قول من قال بأن أصح الحديث ما روى في كتاب البخاري ومسلم ، ثم ما كان على شرطهما إلى آخر ما عرف ، وقدمنا في كتاب الصلاة أنه تحكم محض لأنه إذا كان الفرض أن المروى على نفس الشرط المعبر عندهما فلم يفته إلا لكونه لم يكتب في خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك . وقول البخاري : أصبح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره : وقال المحققون : إن ذلك يتعلم الحكم به ، وإنما يمكن بالنسبة إلى صحابي ويولد فيقال : أمصها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه ، وعن أبي هريرة : الزهري عن سعيد بن المسيب عنه ، وأصبح أسانيد الشاميين الأوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة ، وأصبح أسانيد الباقين معمر عن همام عن أبي هريرة ونحو ذلك ، وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اقتحام هذه ، فإن في خصوص الوارد ما قد يازم الوقوف عن ذلك ، نعم قد يكون الراوى المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكبر إحاطة بأفراد متونه ، وأعلم بعادته في تحديده وعند تدليسه إن كان يقصده عند إيهامه وإرساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة ، أما في فرد معين فرض أن غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط أو أرفع سمعه منه فأتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته يكون ذلك مقدما عليه في زوايته بمعارضه ما هو إلا محض تحكم ، فإن بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر إلا بالملازمة ، وأثرها الذي يزيده على الآخر إنما هو بالنسبة إلى مجموع متونه لا بالنسبة إلى خصوص متن ، وحينئذ فنأهيك بسعيد بن جبير ، وقد روى عن ابن عمر وابن عباس خلافا . وأما رواية الشافعي عن سليمان فحاصلها أن قول جماعة من الصحابة كذلك ، وكذا ما ذكر عن مهيل ، ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال والفقه كما أمعناك عن ذكرها ، وكون من ذهب إلى خلاف المروى عنهم أمفه وأعلى منصب ، ونحن قد أعرجنا ما قلناه عن الأكابر مثل عثمان وعلى بناء على ترجيح ما حازنا

فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة أو تفريق القاضي . وقوله (فإن كان حلف) يعني إذا مضت

ذلك من قول الشارح أيضا لأن معنى الایلام عندنا الخ تأمل (قوله فلم يصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة أو تفريق القاضي) أنزل : وفيه تأمل .

(وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية) لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد البيونة (فإن عاد فزوجها عاد الإيلاء ، فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة أخرى)

به ، وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم من أخذ ابن عباس رضى الله عنهم بركابه حين ركب وقال : هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا ، وكذا عن ابن عباس فيما قلنا ، وكذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه . أخرج الدارقطني عن ابن إسحاق : حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه كان يقول : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة ، وهو أملك بردها مادامت في عتقها . وابن إسحاق صرح فيه بالتحديث . وأخرج عبد الرزاق : حدثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال : أتى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال : إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة . وأخرج نحو مذهبتنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول . وأخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبي سلمة وهذا ترجيح عام ، وهو أن كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجع على قول مخالفه لأنه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع ، لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية ، فلو أنه مسموع لم لم يقولوا به على خلافه ، ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لأنهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع ، واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل ، على أنه ليس في اللفظ المروى لسهيل حجة لأحد الفريقين أصلا (قوله وإن كان حلف على الأبد) هو أن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول لا أقربك مقتضرا إلا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا لأنه ممنوع بالخيف فلا يضاف المنع إلى اليقين ، وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يبلغ الحمل في سم الخياط يكون موليا (قوله إلا أنه لا يتكرر) استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر فإنه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضي أربعة أشهر أخرى إذا كانت لم تنقض عتقها بعد ، وبه قال أبو سهل الشافعي ، وعليه مشي المرغيناني وصاحب المحيط لأن حاصل اليقين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فأنت طالق ، ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك ، فكذا إذا صرح بملزومه ، والمختار قول الكرخي إنه لا يقع إلا إذا تزوجها ، وعليه مشي في البدائع ونخبة الفقهاء وشرحي الإسيدي والجامع لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم ، وقد تحقق في الأول بالخلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانقضى إيلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الأشهر جزاءا

أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو . أما إن كان حلف على أربعة أشهر أو على الأبد ، فإن كان الأول فقد سقطت اليقين لأنها كانت موقفة به . ، وإن كان الثاني فاليمين باقية لأنها عين مطلقة ولم يوجد الحنث لترفع به ، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج ، وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لأنه لم يوجد منع الحق بعد البيونة إذ لا حنث لها في الجماع بعدها ، وهذا اختيار عامة المشايخ . وكان الفقيه أبو سهل الشافعي يقول : يتكرر الطلاق بتكرار المدة : يعني إذا مضت مدة الإيلاء قبل انقضاء عتقها لأن الإيلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر فكانه قال : كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق ، بائن ، ألا ترى أنه لو لم يقربها حتى بائن ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بائن فذلك أنه بمنزلة شرط متكرر ، والأصح قول العامة لما ذكر في الكتاب (فإن عاد فزوجها) بعد البيونة بمضي أربعة أشهر بعد انقضاء عتقها (عاد الإيلاء ، فإن وطئها) في المدة (وإلا وقعت تطليقة أخرى) بمضي أربعة أشهر أخرى

لأن الميّن باقية لإطلاقها ، وبالتزوّج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج (فإن تزوّجها ثالثاً عاد الإيلاء ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها) لما بيناه (فإن تزوّجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل

لظلمه ، وليس للميانة حق الوطء فلا يتعدّد الإيلاء ثانياً ابتداء في حقها ، فلا يلزم حكم البر فيه ، بخلاف ماله إلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزاً ثم مضت مدة الإيلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الإيلاء لصدوره في حال يتحقق به ظلمه فيكون إذا صح بمنزلة تعليق البائن ، والبائن المعلق يلحق البائن المنجز في العدة على ما أسلفناه في ذيل الكتابات ، وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبي سهل : إنه كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأتى طالق ، وذلك لأن قوله والله لا أقربك أربعة أشهر إنما صار بمنزلة قوله إذا مضت أربعة أشهر فأتى طالق إذا انعقد إيلاء شرعياً مستحقاً لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر ، وانعقاده إيلاء إنما يكون حال كونه ظالمًا لأن ذلك الحكم هو جزاؤه ، فإذا لم يكن ظالمًا كان الثابت مجرد الميّن على ترك قربانها وهو أجم من الإيلاء فلا يستلزمه فبقى عيّن دون إيلاء فلا يصير كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأتى طالق فيوفر عليه حكم الميّن المجردة وهو الكفارة بالوطء ، كما لو قال لأجنبية والله لا أقربك أبداً ثم تزوّجها فلم يطلها حتى مضت أربعة أشهر لا تطلق ، ولو وطئها كفر للحدث كذا هذا ، ولذا قلنا إذا تزوّجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرّر النكاح في الإيلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وإن لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء (قوله ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج) أطلق في ذلك وكذا في الكافي ، وقيد في النهاية والغاية بتعلل الترتابي والمرغبات بما إذا كان التزوّج بعد انقضاء العدة ، فأما إن كان فيها اعتبر ابتداءه من وقت الطلاق ، ومثله لو أتى من زوجته مؤبداً ثم طلقها واحدة بآنية لا يبطل الإيلاء ، فإن مضت له أربعة أشهر وهو في العدة وقعت عليها طاعة وإن مضت بعد انقضائها لا يقع شيء ، فإن تزوّجها بعد الانقضاء عاد الإيلاء ، ويعتبر ابتداءه من وقت التزوّج فلا يحتسب بما مضى قبله ، فلو تزوّجها في العدة احتسب به . قال في شرح الكفر : وهذا لا يستقيم إلا على قول من قال إن الطلاق يكرر قبل التزوّج وقد بينا ضعفه انتهى ، فالأولى اعتبار الإطلاق كما في الهداية (قوله لتقيده بطلاق هذا الملك) لأن الغرض منه المنع وهذا إنما يحصل بطلاق حل يخاف بطلانه ، ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديداً بعد التزوّج بغيره لأنه غالب العلم على وزان ما قلنا في مسألة التنجيز ، وهو ما إذا علق طلاقها بالدخول

لأن الميّن باقية لإطلاقها ، وبالتزوّج حدث حقها فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن . وقوله (ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج) قيل هو احتراز عما إذا تزوّجها قبل انقضاء العدة ، فإن ذلك الإيلاء يعتبر من وقت الطلاق لامن وقت التزوّج ، كذا ذكره القزويني (فإن تزوّجها ثانياً) وفي بعض النسخ ثالثاً ولكل وجه ، أما الأول فبالنظر إلى التزوّج بعد الإيلاء ، وأما الثاني فيالنظر إلى التزوّج قبل الإيلاء ، والأول أظهر (عاد الإيلاء ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى إن لم يقربها لما بينا) أن الميّن باقية لإطلاقها ، وبالتزوّج ثبت حقها فيتحقق الظلم ، فإن تزوّجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق (فإن وطئها كفر عن ميّنته) أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا أنه بمنزلة تعليق بعدم القربان ، وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق (وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية) فإنه يبطل التعليق عندنا خلافاً لغيره (وقد مر من قبل) أي في باب الإيمان في الطلاق . قال في الميسوط : وإذا أتى الرجل من امرأته لا يقربها

(واليمين باقية) لإطلاقها وعدم الحنث (فإن وطئها كفر عن يمينه) لوجود الحنث (فإن حلف على أنل من أربعة أشهر لم يكن موليا) لقول ابن عباس: لا إيلاء فيها دون أربعة أشهر،

مثلا ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فلهذا فرع تلك وفيها خلاف زفر كذلك، وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثا بطل الإيلاء، حتى لو مضت أربعة أشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر، ولو تزوجها بعد زوج آخر في الإيلاء المؤبد لا يعود الإيلاء خلافا له، ولو بانث بالإيلاء مرة أو مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت إليه عادت بثلاث تطليقات، وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجمعهما فيها حتى تبين بثلاث، وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة المدم وقد مرت (قوله فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) وقال به الأئمة الأربعة وأكثر العلماء. وقالت الظاهرية والتخعية وقاتدة ومجاد وابن أبي ليل وإسحاق: يصير موليا في قليل المدة وكثيرها، فإن تركها أربعة أشهر بانث بطلقة لإطلاق الآية في ذلك، فإن لم يقيد الإيلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعدا، بل خص بالأربعة مدة التريص وأطلق الحلف. وكان أبو حنيفة أولا يقول به ثم رجع إلى قول ابن عباس لما صح عنه فتواه بخلافه. أخرج ابن أبي شيبة: حدثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الأحول عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: إذا آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بإيلاء. وأخرج البيهقي عنه قال: كان إيلاء الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك، فوقت الله عز وجل أربعة أشهر، فإن كان أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء. وأخرج ابن أبي شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبي، ولا شك أن ظاهر الآية كقول من قال بأنه إيلاء، والممول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا، فإن قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبي فيه أنه زيادة على النص إذ هو تنقيح لإطلاق الحلف في كونه إيلاء فلا يجوز إلا أن يكون فيه إجماع من الصحابة، والمعنى الذي ذكر وهو أن المولى من لا يقدر على القربان في المدة إلا بشيء يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر، وإلا فنحن

ثم طلقها ثلاثا بطل الإيلاء عندنا خلافا لزفر لأن الإيلاء طلاق مؤجل فلما ينقصد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها، وكذا لو بانث بالإيلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليا إلا عند زفر، وأما الكفارة عند الوطء فليقاء اليمين لإطلاقها ووجود الحنث. قال (فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) مثل أن يقول والله لا أقربك شهرا وهو وضع الميسوط، أو قال لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن موليا. وقال ابن أبي ليلى: هو مول إن ترك وطأها أربعة أشهر بانث بتطليقة، وهكذا كان يقول أبو حنيفة أولا، فلما بلغه فتوى ابن عباس: لا إيلاء فيها دون أربعة أشهر رجع عن قوله. فإن قيل: فتوى ابن عباس مخالفة لظاهر النص لأن الله تعالى قال - للذين يؤولون من نسائهم تريص أربعة أشهر - أطلق الإيلاء وقيد التريص بمدة، وذلك يقتضي أن من آلى من امرأته ولو لمدة يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تريص أربعة أشهر، فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله؟ فالجواب أن فتوى ابن عباس وقع في المقدرات والرأى لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموحا، ولم يرد عن أحد خلافه فيجعل تفسيراً للنص لا تنقيدا، وتقريره والله أعلم للذين يؤولون من نسائهم أربعة أشهر تريص

(قوله بطل الإيلاء عندنا خلافا لزفر لأن الإيلاء طلاق إلخ) أقول: قوله لأن الإيلاء تمثيل لقوله بطل إلخ (قوله فكان مسموحا)

ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع ويمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا) لأن الثاني إيجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا

لا نقول به إذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بإثبات كون الأقل أربعة أشهر به مصادرة (قوله لأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع الخ) قيل هو بناء على أنه أراد بالأقل من أربعة أشهر شهرا ، فإن وضع المسئلة في الأصل إذا حلف لا يقربها شهرا وإلا فالأقل من الأربعة لا يستلزم كون الامتناع إلا في بعض المدة مطلقا لا في أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر . وقيل لفظ أكثر مقصم وبعد ذلك التقريب ظاهر ، وقيل أراد بالأكثر تمام المدة أربعة أشهر مباحا أكثر لأنها أكثر من المدة المحلوف عليها . ولا إشكال حينئذ لأن المانع غير موجود في جميعها في جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه في الكافي . قال : وإنما يصح أن لو قال في أكثر المدين انتهى . وجهه أن أفضل التفضيل يلزم في إضافته إلى شيء كونه بعض ما أضيف إليه ولذا امتنع يوسف أحسن إخوته ، وخواص البشر أفضل الملائكة ، وليس الأربعة الأشهر التي هي المراد بالأكثر بعض المدة المضاف إليها لاستحالة كون الأربعة بعض ما هو أقل منها فلزم في حصته أن يقول أكثر المدينين : يعنى المدة المحلوف عليها وبمدة الإيلاء وهي أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرها . ولا إشكال في أنه لو قال في بعض المدة كان أحسن وأسلم (قوله وشهرين بعد هذين الشهرين) إلى آخر المسئلة الثانية لفظ بعض الشهرين ليس قييدا في حكم المسئلة الأولى بل قيد في الثانية فقط ، ولفظ يوما في الثانية ليس قييدا ، لأفرق بين مكثه يوما أو ساعة . وقيل تكرير اليين في مجلس أو مجالس وبينهما أقل من يوم تنجز عند أي حنيفة وأى يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية ، وهذا بعيد لأن إثبات المذهب نصوا على أن قوله والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا يمينتان ولم يحك فيه خلاف . وإنما حكى في قوله والله والله لا أفعل فذكروا أن ظاهر الرواية أنهما يمينتان . وفي نوادر

أربعة أشهر ، ترك الأول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء . وقوله (ولأن الامتناع عن قربانها) دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث . وتقديره أن الامتناع عن قربانها : أى عن قربان من أتى منها زوجها شهرا في أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لأنه ليس فيه يمين ، ويمثله : أى يمثل هذا الحلف المتخذ على شهر لا يثبت الطلاق بمضى أربعة أشهر نخلوا الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين ، فإنه بمضى أربعة أشهر لا يقع شيء ، والضمير في فيه قيل هو راجع إلى الامتناع وقيل إلى الحلف المفهوم من قوله ويمثله ، ويعجز أن يكون راجعا إلى أكثر المدة . ولو قال المصنف ولأن الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في أكثر المدة كان أمهل لتناوله وضع المبسوط وغيره (ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لأنه جمع بينهما بحرف الجمع) وهو الواو (فصار كجمعه بلفظ الجمع) كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فتكون يمينتان واحدة حيث لم يفرق المدة الثانية بنى على حدة ، فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة (ولو مكث يوما أو ساعة ثم قال : والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا لأن الثاني إيجاب مبتدأ) والأصل في ذلك أنه إذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ولم يحكث بينهما ساعة دخل

أقول : أى عمولا على الساج (قوله ويمثله أى يمثل هذا الحلف) أقول : وأظهر إدراج التفسير إلى الابتاع .

بعد العيين: الأولى شهرين وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع

ابن ساعة عيين واحدة ، وفي المثنى جعل كونهما عيينين قياسا وكونهما عيينا واحدة استحسانا . و فرغ في الدراية في آخر الباب من غير أن يميزه : والله لا أقربك مرارا في مجلس واحد تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضا قياسا ، وهو قول محمد وزفر ، وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الأشهر . ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا أقربك شهرين ولم يزد على ذلك لا يكون موليا أيضا ، لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدينتين فتأخر المدة الثانية عن الأولى بيوم واحد أو بساعة بحسب ما فصل به بين العيينين . فالخاصل من حلقه الحلف على شهرين ويوم أو ساعة على حسب الفاصل . والأصل في جنس هذه المسائل أن الإيلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الخنث ، وأنه لا تلازم بين كونه إيلاء وعيينا كما قلنا ، فلذلك قد يتعدد البر والخنث وقد يتحدان ، وقد يتعدد البر ويتحد الخنث وقبه ، وتعدد البر بتعدد المدة لأنه بتعدد الإيلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع ، وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين ، وتعدد العيين بتعدد اسم الله أو تكرار حرف داخلة على المدة ، ومن زاد السكوت لم يمتنع إليه لأن الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ، ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده . في التجريد عن أبي حنيفة رحمه الله : إذا حلف بأيمان عليه لكل عيين كفارة والمجلس والمجلس سواء . ولو قال صليت بالثاني الأول لم يستقم في العيين بالله تعالى ، ولو حلف بحجة أو عمره يستقيم . مثال تعددها إذا جاء غد فوالله لا أقربك إذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك . أما إنهما عيينان فلتعدد الذكر ، وأما أنهما إيلاءان فلتعدد المدة ، فإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول بر في الأولى وبات ، فإذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلعت أيضا ، ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وإن أطلق لزومهما في الكافي ، ولو قربها في الغد لزمته كفارة واحدة لأن الغد لم ينقصد عليه إلا عيين واحدة وتعدد الكفارة بتعدد العيين . ونظيره في النوازل قال : والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان ، وإن كلمه بعد الغد فعليه عيينان ، وإن كلمه بعد شهر فعليه عيين واحدة ، وإن كلمه بعد ستة فلا شيء عليه . ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك أربعة أشهر أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر ، وكلنا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر ، إلا أنه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان ، وهذه

حكم المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الأولى ، وأما إذا فات أحد الأمور المذكورة فقد كان إيجابا مبتدأ ، وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون موليا لقوات الأمور الثلاثة لوجود المكث يوما وإعادة اسم الله وحرف التي فقد صار ممنوعا بعد العيين الأولى شهرين وبعد الثانية مضاعفا إلى الأول بقوله بعد الشهرين الأولين أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ، ويكون كلامه عيينين مستقتلين يلزمه بالقربان كفارتان . ولو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لأنه بإعادة حرف التي صار إيجابا آخر وصارا آجلين وتداخلوا ، كما لو قال والله لا أكمل فلانا يوما ولا يومين أن العيين تنقضي بيومين لأنه أعاد كلمة التي فصار الثاني منفردا عن الأول فتداخل وقهما بعد الانفرد لأن الوقت الواحد يصلح وقتا لإيمان كثيرة ، فإن من قال والله لا أكمل فلانا شهرا ولا أدخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا قضى شهر واحد تنهى الإيمان كلها ،

(قوله أربعة أشهر إلا يوما) أقول : فيه بحث (قوله يلزمه بالقربان كفارتان) أقول : فيه نظر إذ لا يقتل وجه لزوم الكفارتين ، فإن لكل من العيينين مدة على حدة لتداخل بين مدتهما حتى يلزم الكفارتان ، لا لأن زيادة بالقربان قربانان في حكم العيينين فليقتل لأنه مع جمعه

نظير مسألة الهداية في عدم تداخل المدينين : أعنى قوله والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال والله لا أقربك شهرين بعد مدين الشهرين فإنه ليس بإيلاء كذا ذكر ، ولكن تتداخل المدتان ، فلو قربها في الشهرين الأولين لزمته كفارة واحدة ، وكذا في الشهرين الآخرين لأنه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة ، وقد توارد شروح الهداية من النهاية ، وغاية البيان على الخطأ عند كلامهم على هذه المسئلة فاحلوه ، فلو قربها في الأربعة الأولى لزمته كفارة واحدة ، وكذا في الأربعة الثانية ، ولو كان أطلق فقال والله لا أقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات لتداخل في الحلفوف عليه ، ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطبيقه ، وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تين بأخرى إذا كانت في العدة ، وعند تمام الثالثة تين بثالثة بلا خلاف ، بخلاف مامضى في الكتاب في تأييد اليمين فإن الإيلاءات هناك تنزل متعاقبة بواسطة تأييد اليمين الواحدة ، فجاء الخلاف في أنه هل ينقصد الإيلاء الثاني في العدة أو لا ، ومن منعه قال : لا يبتدأ الإيلاء إلا في حال يكون بالمنع ظاهرا ، أما هنا فالإيلاءات الثلاثة صرح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ، ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة إلا إذا تزوجها فيقع بحكم تأييد اليمين إذا مضت أربعة أشهر من وقت الزوج . ومثال اتحادهما : والله لا أقربك أربعة أشهر أو لا أقربك شهرين وشهرين . وفي الكافي في نظيره : كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا أقربك فكلمتما معا ، وليس للتقييد بذلك فائدة فإن بتكليمهما معا لم تحل اليمين ، بل لو كلمت أحدهما بعدهما ثبت الإيلاء ، فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر . فإن علة التعدد فيها بعد هذه بعينها في هذه . ومثال تعدد البر واتحاد اليمين : كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر ، فإن قربها نجب كفارة واحدة ، وإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول بانت بتطبيقه ، فإذا مضى يوم آخر بانت بأخرى ، وإذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة ، وفي هذا المثال نظر لأن الحلف بالله وقع جزاءا لشرط متكرر فيلزم تكرره . ولا يشكل بأنه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لأنه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى وإلا لزم أن لا حلف عند الشرط الأول أيضا ، ومع ذلك ثبت الحلف عنده ، ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا أقربك بكلما دخلت فوالله لا أقربك ، وكذا لو قال كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا إن قربتك بتعدد برا ، وكلما دخلت انقضت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة ، ولا يتصور حثه إلا مرة واحدة لتعدد وقوع شيء آخر بعد الثلاث ، ونحوه كلما دخلت فهدى حر إن قربتك سواء . ومثال اتحاد الإيلاء وتعدد اليمين : إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال في المجلس إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو إيلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت ، وإن قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم ، وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر من غير أن يزيد لفظ أخرى أو نحوه . واعلم أن هذه خلافا . وصورتها في الخلافات لو قال والله لا أقربك والله لا أقربك

فكذلك ههنا إذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الإيلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير موليا ، بخلاف المسئلة الأولى فإنه لما لم يفرق مدة الثانية بنى على حدة كان الكل مدة واحدة

(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا) خلافا لزرع، هو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتبارا بالإجارة فتمت مدة المنع. ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه وههنا يمكنه لأن المستثنى يوم منكر، بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصبحها فإثباتها لا يتصح مع التكبير ولا كذلك البين

والله لا أقربك في ثلاثة مجالس فكل من البين والإيلاء ثلاثة. وإن كان في مجلس واحد، فإن أراد به التكرار فالبين واحد والإيلاء واحد، وإن لم ينو شيئا أو أراد التشديد والتفليظ وهو الابتداء دون التكرار فالإيمان ثلاثة إجماعا والإيلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد، حتى إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بطلانها ثم عقيبها تبين بأخرى ثم بأخرى إلا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع إلا واحدة، وإن قربها وجب عليه ثلاث كفارات. وفي الاستحسان وهو قولنا الإيلاء واحد فلا يقع إلا واحدة، ويجب بالقربان ثلاث كفارات لأن الشرط الواحد يكفي لإيمان كثيرة، ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الإيلاء (قوله لم يكن موليا) أى في الحال لأنه يكون موليا إذا قربها وبقي بعد يوم القربان أربعة أشهر فصاعدا إلى تمام السنة؛ حتى لو تركها بعد ذلك القربان أربعة أشهر وقمت تطليقة (قوله اعتبارا بالإجارة) وهو ما إذا قال أجزأك سنة إلا يوما ينصرف اليوم إلى آخر السنة، وكذا إذا قال في الصورة المذكورة سنة إلا نقصان يوم يكون موليا صرفا له إلى الآخر وبما إذا أجل الدين (قوله وههنا يمكنه) لأن المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضي أربعة أشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا اليوم الوطء اليوم المستثنى، بخلاف ما قاس عليه فإن المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الإجارة فلأنها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقة حتى يصير شائعا في السنة لاتعين مدة الإجارة والنقصان ينصرف إلى الآخر، وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتعين بدلالة الحال. والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا أكلم زيدا سنة إلا يوما ينصرف إلى اليوم الأخير. وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال منزهة فيه بأنه مشترك

فكان موليا (ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا، خلافا لزرع هو يقول يصرف الاستثناء إلى آخرها كما لو قال أجزأت دارى هذه سنة إلا يوما فتمت مدة المنع. ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه) وهذا ليس بهصادق على ما نحن فيه لأنه يمكنه القربان (إذ المستثنى يوم منكر) فما من يوم يمر عليه بعد يومه إلا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه، ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة لأنه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر إلى المعين بغير حاجة لأن الجهالة لا تمنع إنقاذ البين، بخلاف الإجارة فلأن الحاجة

(قال المصنف، ولا كذلك البين) أقول: قال ابن الحسام فيه: إن قوله والله لا أكلم زيدا سنة إلا يوما ينصرف مع أنه ينصرف إلى اليوم الآخر، وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه عن الحال منطوق فيه بأنه مشترك الإيزام، إذ الإيلاء أيضا يكون من المغايظة انتهى. وقال تلج الشرح: ونحن نقول في الفرق بين البينين إن الاستثناء لو انصرف إلى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لأنه إما أن يقربها فيلزمه الكفارة، أو لا يقربها فيلزمه مكروه إطلاق عنه انتفاء أربعة أشهر، ولا كذلك البين انتهى. ولعل مراده أنه لما تعارضت جهتا المغايظة والزموم أحد المكروهين فقتضى الأولى صرف اليوم إلى آخر السنة؛ فقتضى البينين مجازاة تساقطا (٢٦ - فتح القدير ج١ - ١٤)

(ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً) لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامراتها لم يكن مولياً) لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة

الإلزام إذ الإيلاء أيضاً يكون من المأبظة (قوله صار مولياً لسقوط الاستثناء) مع أن الباقي من السنة الثانية مدة الإيلاء ، ولو أطلق بأن قال لا أقربك إلا يوماً لا يكون مولياً حتى يقربها ، فإذا قربها صار مولياً . ولو قال سنة إلا يوماً أقربك فيه لا يكون مولياً أبداً لأنه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعاً أبداً ، وكذا لو أطلق مع هذا الاستثناء . وإذا قال سنة فضضت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلاقاً ثم تزوجها ومضت أربعة أشهر لم يقربها فيها وقعت أخرى ، فإذا تزوجها فضضت أربعة أشهر لا يقع لأن الباقي بالضرورة أقل من أربعة أشهر (قوله ولو قال وهو بالبصرة) إذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه أو زمان معين وهو في غيرهما ، إن كان بينهما قدر أربعة أشهر كان مولياً على ما فرغ قاضيه خان والمرغباني فلنهما قالاً : لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر فقبوه بالسان ولم يعتبر إمكان خروج كل منهما إلى الآخر فيلتقيان في أقل من ذلك ، وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر ، فإنه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير مولياً بلجواز أنهما يخرجان فيلتقيان في أقل من أربعة أشهر فيقربها ، وإن كان بينهما أقل من ذلك لم يكن مولياً ضد الأئمة الأربعة إلا في رواية عن أحد وهو قول ابن أبي ليلى فإنه يكون مولياً ، فإن تركها أربعة أشهر بانت بطلاقه ، وينبغي أن يصير مولياً على قول كل من قلنا عند انعقاد الإيلاء إذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبي ليلى وغيره ، وكذا إذا قال والله لا أقربك إلا في الحرم وهو في شوال أو حتى تغطي ولدك وإلى مدة القطام أقل من أربعة أشهر ، والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من أن المولى من لا يمكنه القربان في الأربعة الأشهر إلا بشيء يلزمه وليس فليس ، وقد بحثنا هناك أن هذا فرع كون أقل مدة يتعد الإيلاء بالحلف عليها أربعة أشهر ، وبالضرورة إنهم لا يلتزمون ذلك إلا أن يجعل هذا أصلاً مهدداً في مذهب السانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لأقل من أربعة أشهر بتدليله من أقوال الصحابة فتعلل به الأحكام المذهبية لا عند قصد الإثبات على المخالف : ثم أورد على هذا الأصل لو قال والله لا أقربكن لأربع نسوة فإنه مول ، فإذا تركهن في المدة طلقن ، ولو قرب ثلاثاً

ماسة إلى الصرف إلى آخر السنة لتصحيحه : أي لتصحيح عقد الإجارة فإنه لا يصح مع التنكير للجهالة (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً لسقوط الاستثناء) ، ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامراتها لم يكن مولياً لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة) ولا يشكل بمن له أربع نسوة وقال والله لا يقربهن فإنه يصير مولياً منهن إن لم يقربهن جميعاً أربعة أشهر بن عندنا خلافاً لفرع ، مع أن له أن يظا كل واحدة منهن إلى أن يأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه لما أن الحنف لا يتعلق بإجراء الحلو قبل أن يأتي بالكل ، كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الأربع له أن يدخل كل واحدة منها من غير حث مالم يدخل الكل ، ثم لما كان في مشكلة الحلف على أربع نسوة بنى القربان مولياً في الحال في حق كل واحدة منهن علم أن إمكان القربان من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الإيلاء لأنه إنما صار مولياً مع إمكان القربان على الوجه المذكور لأن المخالف ظالم في حق كل واحدة منهن بجميع حقها في الجماع ، كما لو عقد بمبنة على كل واحدة منهن على الانفرد ، إلا أنه

وعلى مقتضى اللفظ وهو التنكير فليعامل (قوله لأنه إنما صار مولياً مع إمكان القربان الخ) أقول : تحليل لقوله ولا يشكل بمن له أربع نسوة الخ .

(قال : ولو حلف بيمين أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) لتحقيق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزاء مائة لما فيها من المشقة . وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربائها عتق عبده ، وفيه خلاف أبي يوسف فإنه يقول : يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم

منه لا يلزمه شيء فنبت أن إمكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الإيلاء . أجيب بما حاصله أن الإيلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون مولى منهن ، وعدم لزوم شيء لعدم الحنف لأن الحنف بفعل المحلوف عليه وذلك بقرابتهن ، والموجود قربان بعضهن . وحاصل هذا تخصيص اطراد الأصل بما إذا حلف على واحدة بأدنى تأمل (قوله ولو حلف بيمين الخ) بأن يقول إن قربتك فعل حج أو عمره أو صدقة أو صيام أو هدى أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين أو فأنت طالق أو هذه لزوجة أخرى أو فبدي حر أو فعل عتق لعبد مبهم فهو مول . أما لو قال فعل صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لأنه يمكنه ترك القربان إلى أن يمضي ذلك ثم يطوئها بلا شيء يلزمه ، بخلاف قوله فعل صوم يوم . ولو قال فعل اتباع جنازة أو عبادة تلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسيحة فليس بمول . ونقل في الصلاة خلاف محمد ، فعنده يكون مولى لأنها مما يلزم بالنذر . وتقدم أول الباب ما يجب به عنه . ويجب صحة الإيلاء فيما لو قال فعل مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة ، وكلنا خلافاً ثابت في مسألة النذر والمذكورة أول الباب . فإن قلت : ينبغي في الصلاة في بيت المقدس أن يكون مولى اتفاقاً لما فيه من مشقة السفر كالحج . قلنا : نعم لو لم من نذر الصلاة في بيت المقدس أن لا يسقط إلا بالصلاة فيه ، لكن المذهب أن له أن يصلي في غيره ويسقط النذر به على ما عرف . ولو قال فعل أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أو مائة في المساكين لا يصح إلا أن ينوي التصديق به . ولو قال فكل مملوك أشتريه فيما يستقبل حرصاً رمولياً عندهما خلافاً لأبي يوسف وهرواية عنهما ، وكلنا لو قال فكل امرأة أتزوجها فهي طالق يصير مولى عندهما خلافاً لأبي يوسف . ولو قال كل امرأة أتزوجها من أهل الإسلام يصير مولى . وعلى هذا لو قال لا أفرقك حتى أعتق عبدي أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير مولى عندهما خلافاً له لأنه يمكنه القربان بلا شيء بأن لا يشتري عبداً ولا يتزوج ويتقدم الغاية . قلنا لم يمكنه إلا بضر لازم إذ الزوم لأجل قربانها كالزوم به . واعلم أن الأصل أنه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا أفرقك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استحساناً بناء على الظاهر وإن احتمل القرب وقت التكلم به ، وكلنا إذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى أموت أو تموت أو أقتلك أو تقتلين أو أبيعك وإن كانت توجد في المدة لكنها تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدي أو أطلق فلانة كان مولى عندهما خلافاً لأبي يوسف وقد عرفت الوجه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف) أي في ثبوت الإيلاء بالحلف بعتق عبده الممين ، فإن ضمير فيه لعتق عبده وهو الممين لا الميم ، فإن تعليقه لا يتم فيه (قوله البيع موهوم) أي غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشتريين ، وقد لا يجد مشترياً في المدة فتنتفى

لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لأن الكفارة موجب الحنف فلا بحث ما لم يتم شرطه ، ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الأخيرة فقط بل بقرابتهن جميعاً . وأما وقوع الطلاق في الإيلاء فاعتبار البر ، وذلك إنما يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا ينمى المدة كلها في النهاية . قال (ولو حلف بيمين أو بصوم) لما فرغ من بيان اليمين بالله في الإيلاء شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بأن يطلق قربانها بيمين أو صوم أو صدقة أو طلاق أو عتق فإنه يصير مولى لتحقيق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح . وقوله (البيع موهوم)

فلا يمنع المانعية فيه ، والخلف بالطلاق أن يعلق قربانها طلاقها أو طلاق صاحبها وكل ذلك مانع (وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا ، وإن آلى من الباتنة لم يكن موليا) لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية ، ومحل

قبل وجوده ، بخلاف الإخراج من الكوفة لأنه مقصور له وهو وإن توقف على امثالها أيضا لكن امثالها واجب والوجوب طريق الوجود ، بخلاف امتثال المشتري ، وإذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجراء وهو عتق العبد بالقربان . ولو باع هذا العبد سقط الإيلاء لأنه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء . ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الإيلاء من وقت الملك إن لم يكن وطئها قبله ، فإن كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط الميعين . ولومات العبد قبل البيع سقط الإيلاء لقدرته على الوطء بغير شيء ، وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو إبانها ثم تزوجها (قوله وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا) باتفاق الأئمة الأربعة بخلافه من الباتنة فإن كانت من ذوات الأقراء فلا احتمال امتداد طهرها ، وإن كانت تمتد بالأشهر الثلاثة فلا احتمال رجعتها فينتقد الإيلاء ممتدا إلى ما بعد الرجعة ، فإن لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالباتنة ، وعلى قولنا من حيث أنها لاحق لها في الجماع فلا يكون بالمانع ظاهرا . والجواب أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص ، والمطلقة الرجعية من نساءنا بالنص وهو قوله تعالى - ويعولن أحق بردهن - والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه في أول باب الرجعة فكانت المرأة من نساءه فيشمها نص الإيلاء ، ألا ترى أنه ثبت الإيلاء وإن أسقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره ، فلم أن التعلل بالظلم باعتبار بناء الأحكام على الغالب ، بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فيبقى كونها من نساءنا . وقيل إنما لم يكن موليا من الباتنة لأن الإيلاء تعليق طلاق بائن على مضى المدة بلا قربان ، والمطلقة الباتنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق : يعنى إذا كان التعليق بعد الإبانة لما قلنا من أنه إذا كان قبلها فوجد الشرط في عتقها من البائن يلحق ، وهذا الحصر يقتضى أنه لو لا هذا صبح الإيلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونساءنا . والحق أن معنى عدم حقوق الباتنة هو معنى عدم الإيلاء منها وهو عدم الزوجية فالإسناد إليه أولى ، ثم لا يخفى أن تخلب العلة في محل واحد نقض لإلزامنا ، فالحق أن الظلم حكمة ونفس الإيلاء هو العلة فلا

يعنى لأن الأصل عدم ما يحدث (فلا يمنع المانعية فيه) أى في الإيلاء ، ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء عنه لأنه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء ، فإن اشتراه لزمه الإيلاء من وقت الشراء لأنه صار بحال لا يملك قربانها إلا بهتق يلزمه ، ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لأن الميعين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد ، وإن مات العبد قبل أن يبيعه سقط الإيلاء لأنه يتمكن من قربانها بعد موته من غير أن يلزمه شيء : وقوله (وإن آلى من المطلقة الرجعية) ظاهر . واعترض بأن الإيلاء جزء الظلم يمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ذبانة ، ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج أن يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغى أن لا يترتب عليه جزء الظلم الذى هو الإيلاء . وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردى بأن الحكم في المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى ، والمطلقة الرجعية

(قوله لأن الأصل عدم ما يحدث) أقول : فيه بحث ، إذ الإخراج من الكوفة أيضا كذلك (قوله وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردى) أقول : وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمهما الله . ثم أقول : يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف ، فالأظهر إسناد الإجابة إلى للمصنف كما هو ظاهره في أمثاله .

الإيلاء من تكون من نسائها بالنص ، فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لقوات المحلية (ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أى ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لأن الكلام فى مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا يتقلب صحيحا بعد ذلك (وإن قربها كفر) لتتحقق الحنث إذ اليقين منعقدة فى حقه (ومدة إيلاء الأمة شهران) لأن هذه مدة ضربت أجلا للبيئونة فتتصرف بالرق كعدة العدة (وإن كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجماع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل

يلزم وجوده دائما بقوله لأن هذا الكلام فى مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية) وهى كونها من نسائها فى الإيلاء والظهار ، قال تعالى - للذين يؤولون من نسائهم - وقال تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم - فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالإيلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما لما عرف فى باب الأيمان بالطلاق أن الإضافة إلى سبب الملك صحيحة ، وكذا فى الإيلاء والظهار ، فإذا قال إن تزوجتك فواه لا أقربك وقع صحيحا ، وكذا إن تزوجتك فأنت على كظهر أى ، إلا أنه لا ينعقد الإيلاء والظهار إلا عقب الزوج بها لأنها إذ ذاك تصير محلا لقبله ، ولأن الظهار لما كان تشبيه المحللة بالحرمة استدعى انقضاءه قيام حل وطئها (قوله إذا اليقين منعقدة فى حقه) أى فى حق الرطه لأن انقضاء اليقين يعتمد التصور حسا لا شرعا ، ألا ترى أنها تنعقد على ما هو معصية (قوله كعدة العدة) أى فى الطلاق الرجعى فيتنصف بالرق لأنه من حقوق النكاح . وعند مالك والشافعى رحمهما الله تنسوى مدة إيلاء الحرمة والأمة ، والقياس على مدة العدة بجماع كونها تربص هو أجل للبيئونة كالعلة مدفوع ، فإن البيئونة لا تحصل عند الشافعى بانقضاء المدة ، وأيضا تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ وهو المؤثر وهو مستغنى فى تربص الإيلاء . والأوجه الاستواء لعموم نص الإيلاء ، لأن الأمة من نسائها ، ولأن ضربها إيلاء لعذر الزوج ووفقا جوبا على عادته تعالى من عدم المعالجة بالمقوبة ، فأعوت عقوبته الدنيوية بظلمه إلى انقضاء أربعة أشهر ، وهذا المعنى لا يختلف فى الحرمة والأمة (قوله وإن كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع) لافرق بين كون عدم العذر للمرض أو للجب ، كما أنه فى حقه لافرق بين كون المانع مرضها أو الرتق أو القرن ، ومن الناس من منع إيلاء المحبوب ، ومن الرتقاء والقرنائه لأنه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم . وجوابه ما قلنا فى المطلقة الرجعية ، ولأن هذا تعليل فيه لإبطال حكم النص ، وذلك باطل ، وفى جوامع الفقه : لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجلب أو العنة أو كان أسيرا فى دار الحرب أو لكونها ممتعة أو كانت فى مكان لا يعرفه وهى ناشرة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضى

من نسائها بالنص وهو قوله تعالى - ويعولن أحق يردهن - والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نسائه ، وكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى - للذين يؤولون من نسائهم - مرتبا على المطلقة الرجعية (ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أى ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لأن الكلام فى مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية) إذ المحل نسائنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا (فلا يتقلب بعد ذلك صحيحا ، فإن قربها كفر لتتحقق الحنث إذ اليقين منعقدة فى حقه) أى فى حق الحنث لأن اليقين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وحرمة ، ألا ترى أنه لو قال والله لأشربن الخمر فى هذا اليوم ففصى اليوم ولم يشرب حنث وإن كان الفضل حراما محضا (ومدة إيلاء الأمة شهران) وقال الشافعى : مدة إيلائها كعدة إيلاء الحرمة لأنها مدة ضربت لإظهار الظلم بمنع الحق فى الجماع والحرمة والأمة فى ذلك سواء (ولنا أن هذه مدة ضربت أجلا للبيئونة فتتصرف بالرق كعدة العدة) وقوله (وإن كان المولى مريضا) هذه المسئلة على ثلاثة أوجه : أحدها أنه أى وهى صحيح وبهى بعد إيلائه صحيحا

إليها في مدة الإيلاء ففيوه أن يقول بلسانه فثت إليها في مدة الإيلاء ، فإن قال ذلك سقط الإيلاء) وقال الشافعي : لا في إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوى ، لأنه لو كان فيثا لكان حثا . ولنا أنه إذاها بذكر المنع فيكون إرضاءها

بينهما لشهادة الطلاق الثلاث ففيوه باللسان بأن يقول فثت إليها أو رجعت عما قلت أو راجعتها أو أجمعها أو أبطلت الإيلاءها . واختلف في الحبس صحح التي باللسان بسببه في البدائع . وفي شرح الطحاوى : لو آتى وهي عجمنة أو وهو محبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر إلا أن السلطان يمنعه أو العلو لا يكون فيوه باللسان ، وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي . ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوى على إمكان الوصول إلى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعلو نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في التي باللسان وبظلم يعتبر ، وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض ؟ قيل نعم حتى إن صدقته كان فيثا ، وقيل لا وهو أوجه . ثم هذا إن كان عاجزا من وقت الإيلاء إلى أن تمضي أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض أو بعد مسافة أو حبس أو جيب أو أمر ونحو ذلك ، أو كان عاجزا حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيوه باللسان خلافا لفر في غير الأخيرة فإن العجز ثابت وهو المدار . قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الإضرار فلا يكون فيوه إلا بإيقاع حقها بالجماع ، بخلاف ما إذا استوعب العجز المدة لأنه لم يكن لما حق فيها فكان ظلمه في الإيلاء بأذى اللسان ففيوه الذي هو توبته بتطبيب قلبها به لأن التوبة على حسب الحنابلة ، ولو آلى إيلاء مؤبدا وهو مريض فبانت بمضى المدة ثم صبح وتزوجها وهو مريض ففاه بلسانه لم يصح عند أبي حنيفة ومحمد وصبح عند أبي يوسف ، وهو الأصح على ما قالوا لأن الإيلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض ، وفي زمان الصحة هي مائة لاحق لها في الوطء فلا يعود حكم الإيلاء فيه ، وهما يقولان إن ذلك بتقصير منه فإنه كان عليه التي باللسان قبل مضى المدة ولا تبين ، ولو كان المانع شرعا بأن كان محرما وإلى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا قال في بالجماع ، وعند زفر باللسان ، وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإحرام مانع من الجماع شرعا فثبت العجز فكان فيوه باللسان وهم اعتبروا الحقيقي وهو منتف ، وهذا لأنه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله وقال الشافعي : لا في إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوى لأنه لو كان فيثا لكان حثا) وضعف هذا لا يفتي على من له همة لأنه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعله غيره ، فإن

مقدارا يستطيع فيه أن يجامعها ثم مرض بعد ذلك ، وفيوه بالجماع عندنا خلافا لفر لأن المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجب الماء في أول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جاز له التيمم . وقلنا : لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه إلا بإيقاع حقها في الجماع . والثاني أنه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيوه أن يقول بلسانه فثت إليها ، فإن قال ذلك سقط الإيلاء عندنا (وقال الشافعي : لا في إلا بالجماع ، وإليه ذهب الطحاوى ، لأنه لو كان فيثا لكان حثا) لأن التي يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم التي باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكل ذلك في الآخر (ولنا أنه إذاها بذكر المنع) لأن الزوج إذا كان عاجزا عن الجماع حال الإيلاء لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في الجماع إذ لاحق لها فيه حيثئذ وإنما قصده الإيجاش باللسان ، ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان ، وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لأن

(قوله فلا يكون رجوعه إلا بإيقاع حقها في الجماع) أقول : وليس هذا كاللتميم فهذا الحكم فإنه مسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله إذ لاحق لها فيه) أقول : لسقوطه بغير ، وهو علم قدرة الرجل أو علم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بغير

بالوعد باللسان ، وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الشيء وصار فيؤه بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف (وإذا قال لامرأته أنت على " حرام سئل عن نيته ، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق في القضاء

فإن أراد بقوله لو كان فينا لكان حثا لأن التي لا يكون إلا بالجماع ، فلو كان فينا لكان بالجماع فكان حثا لزم صريح المصادرة والنقص وهو قوله تعالى - فإن قاموا - لا يوجب تعيين كون التي لا الجماع لأن معناه فإن رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم ، وذلك يحصل بإرضائها بالجماع وإرضائها بالقول ، ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ما قاله . والحق أن مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا : ولو وطئها بعد التي باللسان في مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لأن يمينه باقية في حق الحنث وإن بطلت في حق الطلاق (قوله وصار فيؤه بالجماع) حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق ، وهذا لأن المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة ، وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الأصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البذل فيبطل حكم الخلف كالنسيب إذا رأى الماء (قوله سئل عن نيته) هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله ، وهو جواب الرواية لأن بيان الحمل على الحمل وهو ظاهر الرواية ، وهو قول أبي بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم . وعن علي وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليل ومالك أن الحرام ثلاثة ، إلا أن مالكا قال ينوي في غير المدخولة . ويروى عن علي رضي الله عنه التوقف ، وفيه نحو أحد عشر مذهبا غير ما ذكرنا (قوله لأنه نوى حقيقة كلامه) إذ حقيقته وصفها بالحرمه وهي موصوفة بالحل

التوبة بحسب الجنابة فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فينا على هذا الوجه أن تجب الكفارة لأشياء جزاء الحنث ، والحنث لا يتحقق بالتي باللسان . فإن قيل : إذا كان المولى مريضا وقت الإيلاء وجب أن لا يتحقق الإيلاء لعدم الظلم بمنع حقها إذ ليس لها حق في الجماع إذ ذاك ، فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردري ، وقد ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول كتاب البيوع . والثالث أنه أتى وهو مريض وقدر على الجماع في المدة وفيؤه بالجماع سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول أو لم يبق ، أما إذا لم يبق فظاهر وكذلك إذا فاء لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف . ولقائل أن يقول : المولى إذا كان مريضا حال الإيلاء لا تسلم أن الأصل في فيه الجماع لما ذكرنا آخرا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاءها بالوعد باللسان . والجواب أن المرض قد يطول وقد يقصر ، فعلى تقدير أن يقصر عن مدة الإيلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع ، وتبين أن قصده في الابتداء لم يكن إلا منع الحق بالجماع . والأصل في التي حينئذ الجماع ، ولكن في إطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل (وإذا قال لامرأته أنت على " حرام سئل عن نيته) لأنه يحتمل وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض إلا بالإرادة (فإن قال أردت الكذب فهو كما قال) لا يقع طلاق ولا يكون بالنية الإيلاء ولا ظاهرا (لأنه نوى حقيقة كلامه) لأن المرأة كانت حلالا له ، فقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا ، وفيه نظر لأن الكذب إذا كان حقيقة كلامه وجب أن يتصرف إليه ولا يتصرف إلى غيره إلا بقربة أو نية لأن الحقيقة لا تحتاج إلى شيء من ذلك (وقيل لا يصدق في القضاء) ذكر الطحاوي والكرخي في مختصرهما أن

(قوله لا تسلم إن الأصل في فيه الجماع) أقول : يمكن أن يستدل على المنع من المعصية بقوله تعالى : فإن قاموا فإن أقم فهو ذنبهم - فإن وعد المنع إما يكر أن إذا حدث ذلك بالجماع ، وإليه التفتوا على أن وعد المنع على أي لا الإيلاء كما سبق .

لأنه يمين ظاهر (وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوى الثلاث) وقد ذكرناه في الكنايات (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار بوهلما عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : ليس بظهار لانعدام التشبيه بالحرمة وهو الركن فيه . ولهما أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا)

فكان كذبا ، وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم إنه كتحريم قصة من تريد ليس بشيء . وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلاية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف إلى اليمين . والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الأشهاد . وقيل لا يصدق في القضاء ، قاله شمس الأئمة السرخسي ، بل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يمين ظاهر ، لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى - يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك - إلى أن قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم - فلا يصدق في القضاء في نيته خلاف الظاهر ، وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكر ، والأول قول الحلواني وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث (قوله إلا أن ينوى الثلاث) ولا تصح نية التنتين إلا في الأمة خلافا لزمهرى ، ومن في الكتابات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولا . ولو طلق امرأته طلاقا ثم قال أنت علي حرام ونوى تنتين لم يقع شيء ، ولو نوى الثلاث وقعت تنتين فكملت الثلاث (قوله وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، كذا ذكره القلوبي ، وليس مذكورا في ظاهر الرواية ولذلك لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي ، وإنما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد . وجه قوله أن الظهار تشبيه المحلة بالحرمة وهو متفق . وفي جوامع الفقه نقل عن محمد أنه ظهار إذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه (قوله ولهما أنه أطلق الحرمة الخ) حاصله أن الحرمة أهم من المحرمات التي هي ظهار أولا ، والأهم يحتمل الخصوصيات ، فنية الظهار نية محتمل كلامه لانية خلاف ظاهره فيصدق قضاء (قوله وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا) ونص في المحيط أنه خلاف قول محمد حيث قال فإن نوى اليمين أو لم ينو شيئا كان يميناً وينصرف إلى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته إلا بالنية هكذا قال محمد : ومن مشايخ بلخ من قال : تدخل امرأته بلاية فتبين وصحح في هذا الزمان . وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها ؟ قال نعم وكذلك حلال المسلمين . ثم على قول محمد رحمه الله إذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحنت بأى ذلك وجد ، فإذا تناول شيئا من الطعام أو الشراب حنت وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث ، ولا فرق بين أن يتناول قليلا أو كثيرا ، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو ما يستوفيه واحد لا يحنث مالم يستوف جميعه ، وكذا لا يدخل اللباس

القاضي لا يصدق في إبطال الإيلاء لأنه يمين ظاهر (لكونه تحريم الحلال كما نذكره) (وإن قال أردت الطلاق) فإن لم ينو شيئا من العدد أو نوى واحدة أو تنتين (فهي واحدة بائنة ، وإن نوى الثلاث فثلاث) لأنه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : ليس بظهار) نقله شمس الأئمة السرخسي عن النوادر . لمحمد أن الظهار تشبيه المحلة بالحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا (ولهما أنه أطلق الحرمة) وهي محتمل أنواعا ، والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ، ومن نوى محتمل كلامه صدق (وإن قال أردت التحريم أو لم أرد شيئا فهو يمين يصير به موليا)

لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو بين عندنا وسند كره في الإيمان إن شاء الله. ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف ، والله أعلم بالصواب .

إلا بالنية . وإذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ، ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ، ولو نوى الطلاق في نساءه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين (قوله ومن المشايخ) هم المتأخرون لما ظهر من العرف في ذلك، حتى لو قال لامرأته إن تزوجتك فحلل الله عليّ حرام فزوجه تطلق ، ولهذا لا يخلف به إلا الرجال ، ولو قالت هي أنا عليك حرام كان يمينا وإن لم تنو ، فلو مكنته تحتت وكفرت وصار كما إذا تلفظ بطلاقها غير ناو تطلق للصرحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة ، وعن هذا قالوا : لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيها بينه وبين الله تعالى . قال الأستاذ ظهير الدين المرغيناني : لا أقول لا تشترط النية لكن يجعل ناويا عرفا ، ولا فرق بين قوله أنت عليّ حرام أو حرمتك عليّ أو لم يقل عليّ أو أنت محرمة عليّ أو لم يقل عليّ أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسي عليك ، ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه ، فلو لم يقله لا تطلق وإن نوى الطلاق ، بخلاف نفسها وقوله أنت معي في الحرام بمنزلة قوله أنت عليّ حرام . وفي الفتاوى : لو قال لامرأته أنت عليّ حرام أو حلل الله عليّ حرام فهو علي ثلاثة أوجه : أما إن كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة : إن كان له واحدة فقد ذكرنا ، وإن كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة ، وإن لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين ، وعلى فتوى الأوزجندى والإمام مسعود الكشاني يقع واحدة وعليه البيان . قال في اللخيرة والخلاصة : هو الأشبه . وعندى أن الأشبه ما في الفتاوى لأن قوله حلل الله أو حلل المسلمين يعم كل زوجة ، فإذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله من طوائق لأن حلل الله شملهم على سبيل الاستغراق لأجل سبيل البذل كما في قوله لإحداكن طالق، وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع باثنا . ولو قال إن فعلت كذا فحلل الله عليّ حرام ثم قال لامرأتي أفر إن فعلت كذا فحلل الله عليّ حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر . قال الإمام ظهير الدين : ينبغي أن يقع كما لو قال معلقا دون الأول .

[فروع تتعلق بالإيلاء] لو قال لأقربتك مادمت امرأتى فأبائتها ثم تزوجه لم يصرموليا ويقربها بلا حنث . ولو قال إن قربتك فعلت أن أفر ولدى صح الإيلاء خلافا لفرق بناء على أنه يلزم بيلز ذبح الولد ذبح شاة عندهم ، ولا يلزم فيه شيء عند زفر . ومالك يوجب فيه نحر جزور . وروى عن أبي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي ، وهو الأوجه لأنه تلزم معصية . ولو جن المولى ووطئها انحلت وسقط الإيلاء . ولو قال لنسائه الأربع

فإن قربها كفر ، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالإيلاء أما إذا أراد التحريم (فلأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا) لقوله تعالى - يا أيها النبي - لم تحرم ما أحل الله لك - إلى قوله - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم - وأما إذا لم يرد شيئا فلأن الحرمة الثابتة باليمين أدق الحرمان لأن في الإيلاء الوطء حلل قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ، ولأن الحرمة في الإيلاء لا تثبت في الحال ما لم تنقض أربعة أشهر ، وفي الظهار تثبت في الحال . وإذا أريد به الطلاق وقع باثنا ويحرم الوطء والإيلاء لا يحرم الوطء ، فلما كانت حرمة اليمين أدق الحرمان تعين تبنيها ، وسيجيء الكلام فيه في الإيمان إن شاء الله تعالى (ومن مشايخنا من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق بدون النية) قال أبو بكر الإسكافي وأبو جعفر المنذرائي وأبو بكر بن سعيد . قال الفقيه أبو الليث : وبه نأخذ لأن العادة جرت فيما بين الناس في زماننا بهذا اللفظ الطلاق ، والله تعالى أعلم .

(باب الخلع)

والله لا أقربكن يكون موليأمن كلهن ، حتى لو مضت أربعة أشهر بن جميعا ، وقال زفر : لا يكون موليأ ما لم يطقا ثلاثا منهن ، لأن الخنث إنما يقع إذا وطئ الكل ، فقربان الثلاث يمكنه بغير حنث فلا يكون موليأ منهن بل من الرابعة ، فكأنه قال إن قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة . قلنا : قصد الإضرار بهن كألهن فيكون موليأ منهن ، فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث ، وإذا وجد يضاف الحنث إلى وطء كلهن لا إلى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لأنه يمين معلقة فلا تتعقد ما لم يوجد شرطها ، ولو قال لهن والله لا أقرب إحداكن جعلناه موليأ من واحدة . وقال زفر : مول من الأربع ، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب إحداهن بانت واحدة منهن وعلى الزوج أن يغنيها ، وعنده بن "كلهن لأن قوله إحداكن واحدة منكن سواء . ولو قال لا أقرب واحدة منكن يصير موليأ منهن جميعا فكذلك هذا . قلنا إحداكن لا تتم لأنه معرفة ، ولذا لا يصح أن يقال لكل إحداهن على درهم ، وأما واحدة منكن فنكرة منفية فصح ، ولذا صح لكل واحدة على درهم . ولو قال لزوجتيه والله لا أقرب إحداكما قضيت المدة بانت واحدة وإليه البيان ، ولو بين قبل مضى المدة لا يصح كما لو علق طلاق إحداهن بمجيء الغد وبين قبل الغد ، وإذا بين بعد المدة وتعينت المباشرة ثم مضت أربعة أشهر أخرى ، فعند أبي يوسف لا تبين الأخرى ، وكذا إذا لم تبين ، وقالوا : تبين لأن التبين باقية ما لم يحنث ، ولما زالت مزاحمة الأولى بالتبين تبينت الأخرى بالإيلاء كما لو ماتت إحداهما . وله أنه آتى من إحداهما لأمهما ، وإحدى هذا ليست نكرة حتى تتم لأنها مضافة وتعينت فلا تبين الأخرى . وفي المحيط : لو قال أنها على حرام يكون موليأ من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها . ولو قال والله لا أقربكما لا يحنث إلا بوطئها ، والفرق أن هنك حومة اسمه تعالى لا تتحقق إلا بوطئها . وفي قوله أنها على حرام صار إيلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما ، ولو آتى ثم أرتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون موليأ عند أبي حنيفة . وروى أبو يوسف عنه أنه يبطل إيلاؤه ، وإن اختلفا في التي مع بقاء المدة فالقول له لأن يملك التي ، وبعد مضى المدة فالقول لها لأنه ادعى التي في حالة لا يملكه فيها ، والله سبحانه الموفق .

(باب الخلع)

هو لغة : الزرع خلعت ثوبه ونعله ، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال ، وخالعها وتخالعها صبيغ منها المفاعلة لملاحظة الملابس كل الآخر كالثوب ، قال تعالى - هن لباس لكم وأنتم لباس لهن - وفي الشرع : أخذته المال يلزأه ملك النكاح ، والأولى قول بعضهم إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم

(باب الخلع)

أخر الخلع عن الإيلاء للمعنيين : أحدهما أن الإيلاء لتجرده عن المال كان أقرب إلى الطلاق ، بخلاف الخلع فإن فيه معنى للمعاوضة من جانب المرأة . والثاني أن مبنى الإيلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالباً فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة ، والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها ويخالعت منه بماها . وهو

(باب الخلع)

(قوله والخلع نشوز) أقول : أي سبى الخلع (قوله تقدم ما بالرجل الخ) أقول : ولأنه لا يحصل الفقرة بالإيلاء إلا بعد نية بخلاف

وخاف أن لا يوفيهما حقها أو أن لا يوفيه حقه ومنعته إذا كرهها هو . وقال قوم : لا يجوز إلا بإذن السلطان ، روى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن . وقالت الحنابلة : لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق . وقال آخرون : يقع ويكون رجعيًا ، فإن راجعها ردّ البذل الذي أخذ ، رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب ، قال : فكان الزهرى يقول ذلك . وجه قول المزني إن قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - نسخ حكمها بقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيت إحداكم قنتا فلا تأخذوا منه شيئا - أعجب بأنه متوقف على العلم بتأخر هذه وعدم إمكان الجمع ، والأول متنفذ ، وكذا الثاني ، ولأن هذا التهي متعلق بما إذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها ، والآية الأخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا ؟ نعم لو أراد بالنسخ تقديم حكمها على المطلقة في تلك الصورة : أخص صورة إرادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا . وحاصله أنه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب الظاهرية . فإن قيل : الجواب مبني على تقديم الخاص مطلقا . فالجواب لا يصح لأن هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا . لأننا إذا قلنا : يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح إذا أمكن ، والترجيح ثبت للمحرم على المباح لأن فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب أن يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص ، وكل موضع قلنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعًا والخاص يخرج منه بعض الأفراد كافي ولا صلاة بعد العجز والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم « لا تغموا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار » وإيجابا كقوله صلى الله عليه وسلم « فيما سقت السماء العشر » مع قوله « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » وإلا فنفس كونه عاما لا يقتضي التقدم لمعنى مفهومه ، بل لما يشتمل عليه من الاحتياط ، بل الجواب القول بموجبا وهو عدم حل الأخذ إذا كان النشوز من قبله ، وهو ما ذكر المصنف بقوله كره له أن يأخذ . يعني كراهة التحريم المنهضة سببا للعقاب وإن قال الإمام المحبوبي في جوابهم : تأويل الآية في الحل والحرمة لافي منع وجوب المسال وتملكه لأن الحرمة لا تثبت مع « مراضة موجبا ، فإن المعارضة تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض ، لكنه أراد ما ذكرنا ، وسأيت ما هو الحق فيه إن شاء الله تعالى . وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في التقديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس : الخلع فرقة وليست بطلاق . رواه الدارقطني عنه . وروى عبد الرزاق عنه : لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له أن ينكحها ، قالوا : ذكر الله تعالى الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بينهما . وروى نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيع بنت معوذ بن عفره تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان ابن عفان فجاء عثمان إلى عثمان فقال إن ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفنتقل ؟ فقال عثمان : لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليا إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حمل ، فقال ابن عمر : عثمان خيرنا وأعلمنا ، فهو لأربعة من الصحابة ، فإن ربيع وعنها صحابيان ، قالوا بذلك ، ويستدل عليه أيضا بالآية ، قال تعالى « الطلاق مرتان فإمساكه بمعروف أو تسريح بإحسان - إلى أن قال - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - ثم

وابن مسعود موقفا عليهم ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،

قال : فإن طلقها : ينقض الثالثة المقاد شرعيتها بقوله تعالى - أو تمريح بإحسان - على ما أسلفناه من التقرير في فصل
فيا محل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق ، وإلا كان الطلاق أربعة والثاني منتف . وأيضا فإن النكاح عقد
يقبل الفسخ . وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والحق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء . قلنا :
أما هذا الأخير فصاحبه أنه وجه عجوز لكونه فسحا لا يوجب كون الواقع في الواقع أحد الحائزين بعينه وهو أنه
فسخ أو طلاق فلا يفيد . وأما الآية فبالنظر إلى نفس التركيب يفيد بعد غاية التزل أن الافتداء فرقة ليس غير .
فإن حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما أفاد شرعية الثلاث وبين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البذل
مخلصا من قيد النكاح وأخذها منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقا هو الثالثة أولا فتعين أخذها من
خارج البتة ، وهذا أوجه من قولهم بين الثالثة بعوض وبغيره لأنه لا يحتاج الجواب إليه كما سمعت ، ولأنه يقتضي
أن لا يشرع الخلع إلا بعد ثنتين ، بل إنما نص على شرعية الثلاث وبين حكما آخر هو جواز افتداء عن ملك
النكاح من غير زيادة على ذلك ، وأما ما ذكره عن عثمان في تقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال : لأعده عليها ولا
تنكح حتى تحيض حيضة . وأصل هذا ما روى من حديث ابن عباس ، أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه ،
فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تتدحيضة فحصى الحيضة عدة . رواه أبو داود والترمذي والحاكم وصححه .
ثم رأيناها صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بأنها طلقة على ما في البخاري أنه قال له وأقبل
الحديقة وطلقها تطليقة ، فقول عثمان : لأعده عليها : يعني العدة المعهودة للمطلقات ، وللشارع ولاية الإيجاد
والإعدام ، فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسحا ، على أن الذي تعرفه من حديث
عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع أن ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر فأخبرته أنها اختلعت
من زوجها في زمان عثمان ، فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره ، فقال ابن عمر : عدتها أو عدتك عدة المطلقة . وقال :
بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم كانوا يقولون : عدة المختاتعة ثلاثة قروء . وقولهم
إنه قول أربعة من الصحابة ممنوع لأنه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع أقضية النبي صلى الله عليه وسلم
وأي الأحكام وعلم المتأخر والمقدم وصار أهلا للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك ، وظاهر حال ربيع
وعنها ذلك ، فإنهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ما قال فاعتداه ، فليس في المعنى إلا قول مصابيي لأن المقصود
قول أهل الاجتهاد ، وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسحا وهو منتف بما روى عن عثمان مما يخالف
ذلك ، فلم يبق إلا قول ابن عباس ، وذلك ما روى مالك عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفع
إلى عثمان رضي الله عنه فأجاز ذلك وقال : هي طلقة بائة ، إلا أن تكوني سميت شيئا فهو على ما سميت . ولا نعرفه
فيه إلا أن جهان ! لم يعرفه الإمام أحمد فرد الحديث للملك ، وهو جهان أبو بعل ، وأبو اللي مولى المسلمين ،
ويقال مولى يعقوب القطيعي يعد في أهل المدينة تابعيا . روى عن سعيد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وأبي هريرة
وأم بكرة الأسلمية . وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيد بن زياد وغيرهما . وقال ابن حبان في الثقات :
هو جد جلة على بن المديني فهي ابنة عباس بن جهان ، روى له ابن ماجه حديثا واحدا في الصحيحين عن

(١) قوله جهان هو كتمان كما في القاموس ، ونزع في أسلاف الرجال جهان بتقديم الهاء ، وقوله عبيد بن زياد في الصحيحين هو القاموس هو المولى الفسخ ، كجدة فخرية

ولأنه يَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ حَتَّى صَارَ مِنَ الْكُتَايَاتِ ، وَالْوَاقِعَ بِالْكُتَايَةِ بَائِنٍ .

أَبِي هُرَيْرَةَ : لِكُلِّ شَيْءٍ زَكَاةٌ ، وَزَكَاةُ الْجَسَدِ الصَّوْمُ ، وَالصَّوْمُ نِصْفُ الصَّبْرِ . فَهَذَا صَرَحَ أَصْحَابُنَا بِثَقُلِ مَذْهَبِنَا عَنْ عُمَانَ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَعَلَى رِضَى اللَّهِ عَنْهُمْ ، ثُمَّ يَعَارِضُهُ قَوْلُ غَيْرِهِ ، بَلْ وَالْمَرْوِيُّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَسَدُ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ : حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ هَاشِمٍ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى عَنْ طَلْحَةَ بْنِ مَصْرُوفٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ عَنْ عَلْقَمَةَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : لَا تَكُونُ طَلَقَةً بَائِنَةً إِلَّا فِي قُدِّيَةِ أَوْ إِيلَاءَ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ أَيْضًا وَتَقَدَّمَ مَا رَوَيْنَاهُ عَنْ عُمَانَ ، وَقَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ : حَدَّثَنَا ابْنُ جَرِيرٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ أَبِي عَاصِمٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَ الْخُلْعَ طَلِيقَةً » وَمَرَّاسِيلُ سَعِيدٍ لَهَا حُكْمُ الْوَصْلِ الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ مِنْ كِبَارِ التَّابِعِينَ ، وَكِبَارِ التَّابِعِينَ قُلٌّ أَنْ يَرْسُلُوا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَّا عَنْ صَحَابِيٍّ وَإِنْ اتَّفَقَ غَيْرُهُ نَاحُوا فَعَنْ هَذِهِ ، هَكَذَا تَتَّبَعْتُ مَرَّاسِيلَهُ ، وَبِهِ يَقْوَى ظَنُّ حُجِّيَةِ مَا رَوَاهُ الْمُصَنِّفُ عَنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « الْخُلْعُ طَلَقَةٌ بَائِنَةٌ » وَكَلِمًا مَا أَخْرَجَهُ الدَّارِ قُطْنِي وَسَكَتَ عَلَيْهِ وَابْنُ عَدَى وَأَعَاهُ بَعَادُ بْنُ كَثِيرٍ التَّنْقِي مِنْ « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَ الْخُلْعَ طَلِيقَةً بَائِنَةً » وَإِنْ كَانَ لَا يَصِحُّ عَلَى طَرِيقِ أَهْلِ الشَّانِ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِالضَّعْفِ لِأَنَّمَا هُوَ ظَاهِرٌ مَعَ احْتِمَالِ الصَّحَّةِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ ، فَجَازَ أَنْ يَقُومَ دَلِيلُ الصَّحَّةِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ مَعَ الضَّعْفِ فِي الظَّاهِرِ . وَهَهُنَا نَظَرٌ عَلَى أَصُولِنَا ، وَهُوَ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا رَوَى حَدِيثَ امْرَأَةٍ ثَابِتٍ بِنِ قَيْسٍ عَلَى مَا فِي الْبِخَارِيِّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ « أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتٍ بِنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ثَابِتٌ بِنِ قَيْسٍ لَا أَحْتَبُّ عَلَيْهِ فِي دِينٍ وَلَا خُلُقٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكَفْرَ فِي الْإِسْلَامِ » فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ ؟ قَالَتْ : نَعَمْ ، قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : ائْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا طَلِيقَةً « ثُمَّ لَمْ يَنْفُتْ ابْنُ عَبَّاسٍ قَالَ بِأَنَّهُ فَسَخَ ، وَعَمِلَ الرَّائِي عِنْدَنَا بِخِلَافِ رَوَايَتِهِ يَنْزِلُ مَنْزِلَ رَوَايَتِهِ لِلنَّاسِخِ ، لِلَّهِمَّ إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ رَجُوعُهُ كَمَا قَالُوا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِهِ . وَالْجَوَابُ أَنْ يَتَّقَدَّرُ أَنْ ثَابِتًا طَلَّقَهَا امْتِنَالًا لِأَمْرِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا يَنْبَغِي مِنْ عَمَلِ الزَّوَاجِ وَهُوَ الْخُلْعُ ، بَلْ يَصِيرُ طَلَاقًا عَلَى مَا لَ ، فَقَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ بَعْدَ ذَلِكَ : الْخُلْعُ فَسَخٌ كَلَامٌ فِي مَسْئَلَةٍ أُخْرَى فَحِينَئِذٍ مَا يَأْتِي مِنْ تَسْمِيَةِ الرَّائِي لَهُ خُلْعًا حَيْثُ قَالَ : وَكَانَ أَوَّلُ خُلْعٍ فِي الْإِسْلَامِ يَعْنِي أَوَّلَ طَلَاقٍ بِمَالٍ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمُخَاطَبَ بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَلَّقَهَا امْتِنَالًا قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَطَلَّقَ ، وَكَثِيرًا مَا يَطْلُقُ الْخُلْعَ عَلَى الطَّلَاقِ بِمَالٍ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ فَالْأَظْهَرُ مِنْ قَوْلِ الصَّحَابَةِ مَا قَالْنَاهُ مَعَ مَا فِيهِ مِنَ الْمَرْوُوعِ الصَّرِيحِ الَّذِي لَا يَقَاوِمُهُ النُّقْلُ التَّضْدِيرِي ، وَلَوْ تَرَكْنَا الْكُلَّ يَتَعَارَضُ وَرَجَعْنَا إِلَى التَّنْظَرِ فِي الْمَعْنَى أَفَادَ مَا قَالْنَاهُ لَبِنَ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ (وَلَاغَةً) أَيْ الْخُلْعُ (مِنَ الْكُتَايَاتِ) حَتَّى لَوْ قَالَ خُلْعْتُكَ يَنْوِي الطَّلَاقَ وَقَعَ الطَّلَاقُ الْبَائِنَ عِنْدَنَا ، لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْخُلْعِ لَا تَحْتَقِقُ إِلَّا بِهِ ، وَقَدْ قَدَّمْنَا فِي الْكُتَايَاتِ أَنَّهَا عَوَامِلُ بِحَقَائِقِهَا وَالتَّكْنِاحُ قَائِمٌ بِالرَّجْعِيِّ فَلَمْ يَنْخُلْعْ ، ثُمَّ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ ذَلِكَ إِلَّا بِذِكْرِ الْمَالِ ، وَذَلِكَ لَا يَقْتَضِي خُرُوجَهُ عَنْ حَالِهِ ، وَأَيْضًا هَلْهُ فَرْقَةٌ بَعْدَ تِمَامِ التَّكْنِاحِ ، وَالْأَصْلُ فِيهِ كَوْنُهَا طَلَاقًا لِأَنَّهُ هُوَ الْمَعْهُودُ وَالْحَمْلُ عَلَى مَا عَهْدَ وَاجِبٌ حَتَّى يَدُلَّ عَلَى خِلَافِهِ دَلِيلٌ وَلَمْ يَثْبُتْ كَمَا أَرَيْنَاكَ ، وَالْفَرْقَةُ بَيْنَ الْبُلُوغِ وَالْعَقْلِ وَعِلْمُ الْكُفَاءَةِ قَبْلَ تِمَامِهِ لِأَنَّ التَّكْنِاحَ فِيهِ خِيَارٌ إِذَا بَلَغَتْ وَعَقَّتْ وَخِيَارٌ الْمَوْتَى فَكَانَ ذَلِكَ امْتِنَاعًا عَنْ إِتِمَامِهِ مَعْنَى ، وَأَيْضًا مَلَكُ التَّكْنِاحِ ضَرُورِي لِأَنَّهُ وَارِدٌ

(وَلَاغَةً يَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ حَتَّى صَارَ مِنَ الْكُتَايَاتِ) فَإِذَا قَالَ خُلْعْتُكَ وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَوَضَ وَنَوِي بِهِ الطَّلَاقَ وَقَعَ (وَالْوَاقِعَ بِالْكُتَايَةِ بَائِنٍ) فَإِذَا قِيلَ لَوْ صَارَ

إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ، ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبنوة (وإن كان التشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضاً) لقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج - إلى أن قال - فلا تأخذوا منه شيئا - ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشها بأخذ المال

على الحرة فيقتدر بقليل الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفى هذا الملك في حق الفسخ ، وأما وجه من قال لا بد من إذن الإمام فلم أراه . ويظهر أن قوله تعالى - فإن خفتم أن لا يقيا حدود الله فلا جناح عليهما - فإنه تعالى شرعه مشروطا لخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى - فإن خفتم - وهذا فرع الترافع إليهم وإن كان خطاب فلا تأخذوا للأزواج فهو غير مستغرب في القرآن أن يكون خطابا بمتلو أحدهما الآخر والمخاطبون بأحدهما غيرهم بالآخر . والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من الموطأ يفيد أن الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه به ولم ينكره . وكذا ابن عمر حين سمع به فأفاد عدم فهمهما ذلك فيكون المراد من الآية إذن الأئمة من تحكيمهم من الخلع إذا خافوا عليهما عدم القيام بالموجب فيما ارتفعوا إليهم لا أنه لا بد من الترافع إليهم ، وعلى اعتبار هذا المفهوم يمنعونهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى ، وتبين حينئذ أنه ليس مباحا لقوله صلى الله عليه وسلم « المختصات من المناققات » رواه الترمذى ، وفيه وفي أبي داود عنه صلى الله عليه وسلم « أي امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس به لم ترح رائحة الجنة » لا بالحكم بعد النفاذ والصحة إذا وقع . وأما وجه من قال إنه رجعى فذكر بعضهم فيه ما لا حاصل له ، ولا ضار على الوجه المذكور في الكتاب فيه وهو أنها إنما بدلت المال لتسلم لها نفسها ، والله تعالى شرع الانتداء لذلك ، وإلا لو كان رجعيا لم يحصل الفرض الذى شرع لأجله ولأنه معاوضة ، والزواج قد ملك المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلا بد من أن تملك نفسها حكما لتحقيقها كما في جانب ، والله سبحانه أعلم (قوله إلا إن ذكر المال) استلزاما مما يتوهم لزومه على قوله إنه كناية عن افتقاره إلى النية ، ومقتضاه أنه إذا أنكرها بصدق قضاء وليس كذلك ، قالوا : لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بأن يقول بارتكك على ألف أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف وعند علمه بصدق في إنكارها قضاء في الخلع والمبارأة لاقى لفظ الطلاق والبيع لأتبعهما صريحا ذكره في الكافي . فأجاب بأن ذكر المال يغنى عنها إذ هو قرينة ظاهرة .: على إرادة الطلاق إذ من المعلوم أنه لا يستحقه إلا بسببه (قوله وإن كان التشوز من قبله

من الكتابات لكانت النية شرطا وليست بشرط . أجاب بقوله (إلا أن ذكر المال أغنى عن النية ههنا) وقد قيل في بيانه إن الخلع يحتمل الخلع من اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح ، فلما ذكر العوض تميز الخلع عن النكاح فلا يحتاج إلى النية ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبنوة .: قوله (وإن كان التشوز من قبله) يقال نشرت المرأة على زوجها فهي ناشرة .: إذا استعصت عليه وأبغضته . وعن الزجاج : التشوز يكون من الزوجين وهى كرامة كل واحد منهما صاحبه (يكره له أن يأخذ عوضا لقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قسطا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذوا منه جهانا وإنما ميتا) فإن قيل : النهى ورد من فعل حسى وهو الأخذ ومثله يقتضى عدم المشروعية ، ثم هو مؤكد بتواكيد هـ . قوله - تأخذوا منه جهانا وإنما ميتا . فكيف يجوز بيع النكاح ؟ فاجيب بأن النهى ورد من فعل حسى ولكنه بمعنى في غيره وهو زيادة الإباحة فلا يوجب النهى في غيره .

(وإن كان التشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاهما) وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لإطلاق ما تلونا بدما. ووجه الأخرى قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس «أما الزيادة فلا»

كره له أن يأخذ منها شيئا لقوله تعالى - فلا تأخذوا منه شيئا - نهى عن الأخذ منها عند عدم تشوزها وكونه منه. وتقدم ما قيل من أن ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشيء، إذ لامعارضة في التحريم - فإن إطلاق نفي الجناح في آية المطلقة مقيدا بالمشاققة فإن الآية هكذا - ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لا يقيميا حدود الله ، فإن خفتم أن لا يقيميا حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - والنهي في الآية الأخرى مقيد بانفرادة بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض في حرمة الأخذ . على أنه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية ، فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم يغير حق وفي إمساكها لا لرغبة بل لإضرار وتضييقا ليقطع ماله في مقابلة خلاصها من الشدة التي فيها معه ذلك وقال تعالى - ولا تمسكوهن ضرارا لتعتلوا - ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه - فهنا دليل قطعي على حرمة أخذ ماله كذلك فيكون حراما إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم كما ذكره المصنف آخر : أي يحكم بصحة التملك وإن كان بسبب خيبت ، وعقله بقوله (لأن مقتضى ما تلونا) يعني قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - (شيئا الجواز حكما) يعني الصحة والنفاذ في القضاء فإنه ذكره مشبها بأخذ الزيادة وقد قال فيها جاز في القضاء (والإباحة وقد ترك في حق الإباحة لمعارض) وهو قوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج - الآية فبقى معمولا به في الباقي : أي الجواز في القضاء . لا يقال : الجواز هو والإباحة ويتلازمان وجودا وعلما . لأننا نقول : إن معنى الإباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ، ومعنى الجواز من جاز : أي م. وبعد فهو النافذ شرعا : أي الصحيح وهو المعتبر سببا لترب الآثار الشرعية فهو أهم من كونه مع الحل أو الحرمة كما في كل نهى عن أمر شرعي لم يقم فيه دليل شرعي على أنه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم ، وهنا كذلك فلا أخذ حرام في حال عدم تشوزها وإن كان برضاها ، ولو فعل كان أخذه سببا لتمكن كما في البيع فيما قلنا حيث يملك سبب ممنوع . لا يقال : انتهى هنا عن أمر حسي فيعدم وجوده شرعا فيخرجه عن انتهاضه سببا مقيدا لحكم الملك كالنهى عن الزنا ، لأن ذلك مقتضاه إذا لم يدل الدليل على أن النهى لغيره لا لعينه وهنا دل على أنه لزيادة الإباحة . ولقاتل أن يقول : إذا ترك في حق الإباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لأن دلالته على النفاذ ليس إلا دلالة التزامية للإباحة لأن دلالته المطابقة على الإباحة إذ هي المعنى المطابق لنفي الجناح ، ويلزم من ثبوت الإباحة النفاذ ، فإذا ارتفعت الإباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل أكثر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معلوم ، وعلى هذا يظهر قول الظاهرية (قوله لإطلاق ما تلونا بدما) أي أولا وهو قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - يعني بطريق دلالة لا عبارته ، فإن عبارته رفع الجناح عند مشاققتها ، ولا شك أن في مشاققتها مشاققة ، فإذا كان له أن يأخذ ما اقتدت به مطلقا فيها فيه مشاققة منه فأخذه ذلك فيها لامشاققة منه فيه أولى (قوله ووجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة ثابت الخ) تقدم ذكر الحديث

كما في قوله صلى الله عليه وسلم «لا تتخذوا الدواب كرامتي» وإلى هذا أشار بدليله الثاني وهو قوله ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشها بأخذ المثال وإن كان التشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاهما . وفي الجامع الصغير : طاب الفضل أيضا لإطلاق ما تلونا بدما : أي أولا ، يعني قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - فإنه لا يفصل بين الفضل وغيره (وجه الرواية الأخرى) أي رواية البخاري وهي رواية. كتاب الطلاق في الأصل (قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس «أما الزيادة فلا» وقصبتها ماري

وقد كان النشوز منها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء) وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا شيثان الجواز حكما والإباحة ، وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقى معمولا في الباقي

من رواية البخارى . وليس فيه ذكر الزيادة ، وقد رويت مرسله ومسنده ، فروى أبو داود في مراسيله وابن أبى شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء ، وأقرب الأسانيد سند عبد الرزاق قال: أخبرنا ابن جريج عن عطاء قال : « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها ، فقال: أتدبين عليه حديثه ألى أصدقك ؟ قالت : نعم وزيادة ، قال : أما الزيادة فلا » وأخرجه الدارقطني كذلك . وقال : وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح . وأخرج عن أبي الزبير « أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديثه فكرهته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أتدبين عليه حديثه ألى أعطاك ؟ قالت : نعم وزيادة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا ولكن حديثه ، قالت نعم ، فأخذها وخل سبيلها » اهـ . قال سمع أبو الزبير من غير واحد ، ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله

« أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس ، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ، ولكنى أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضى إياه ، فقال : أتدبين إليه حديثه ؟ فقالت : نعم وزيادة ، فقال صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا » (وكان النشوز منها) بما روينا من الحديث ، فكان قوله «أما الزيادة فلا» ينفي إباحة أخذ الفضل على ما ذكره ، وإذا انتفى الإباحة كان مكروها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء ، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا) من قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيها الفتنة به (شيثان: الجواز حكما) أى جواز أخذ الزيادة في القضاء (والإباحة) أى إباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله ، وفرقوا بين العبارتين بأن كل مباح جائز دون العكس ، لأن الجواز ضد الحرمة والإباحة ضد الكراهة ، فإذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفى الإباحة أيضا ، وإذا انتفت الإباحة ثبت ضدها وهو الكراهة ، ولا يفتنى به الجواز بل جاز اجتماع الجواز مع الكراهة (وقد ترك) يعنى ما تلونا (في حق الإباحة لمعارض) وهو قوله صلى الله عليه وسلم «أما الزيادة فلا» لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الإباحة كما تقدم وهو لا يعلم المشروعية (فبقى معمولا في الباقي) وهو الجواز . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن النهى إنما ورد في الحديث عن الرد ، وكلامنا في كراهية الأخذ بغيره فليس الحديث متصلا بمحل النزاع . والثاني أن الحديث غير واحد وهو لا يعارض الكتاب . والجواب عن الأول أن الرد إذا كان غير مباح وهى ناشئة فكان الأخذ منها وهو غير ناشئ أولى أن لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه . وعن الثاني بأن المعارض للكتاب إذا أخذ أبان وهو ناشئ قوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج - إلى قوله - فلا تأخذوا منه شيئا - والكتاب يجوز أن

(قوله فقالت لأعجب) أقول : الحب المؤاخاة والنسب من باب ضرب ، ومنه هذا الحديث (قوله أول أن لا يكون مباحا للبع) أقول : فيه بحث ، إذ ما ذكره من الأولوية غير ظاهر (قوله قوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج - إلى قوله فلا تأخذوا منه شيئا -) أقول : قال ابن الهيثم : فيه نظر لأن النهى من الأخذ في هذه الآية مقيد بنشوز وجهه ، وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل سبيل على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اهـ . أقول : منجوع ، بل يخوف كل منهما أن لا يقع حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد - فإنه إذا نفرت المرأة فقط يجوز أن يغتال الرجل من استيلاء النسب عليه فلا يقع حدود الزوجية ، وكذا إذا نفرت الرجل فقط .

(وإن طلقها على مال قبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيها وتعليقاً وقد علقه بقبولها ، والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها ، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن إلا

عليه وسلم قال « لا يأخذ الرجل من المختلطة أكثر مما أعطاه » وروى ابن ماجه عن ابن عباس « أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أتزين عليه حديثه ؟ قالت نعم ، فأمره أن يأخذ منها حديثه ولا يزداده ورواه من طريق آخر وسأها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة ، وكذا رواه الإمام أحمد وسأها حبيبة بنت سهل الأنصارية ، وزاد فيه : وكان ذلك أول خلط في الإسلام ، فقد علمت أنه لاشك في ثبوت هذه الزيادة لأن المرسلة حجة عندنا بانفرادها ، وعند غيرنا إذا احتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الأول أو بمسند كان حجة ، وقد احتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب ، وفي اسم أبيها عبد الله بن أبي بن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة . فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن فضال : أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فحوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره يأخذ عقاص رأسها فما دونه . وذكر أيضا عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع أن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها من كل شيء لها ومن كل ثوب حتى ثوبها . وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه رفعت إليه امرأة نشرت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها . ذكره حماد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبي كثير . وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن حل بن أبي طالب رضى الله عنه : لا يأخذ منها فوق ما أعطاه . ورواه وكيع عن أبي حنيفة عن عمار بن عمران الحمداي عن أبيه عن علي أنه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه . وقال طاوس : لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه . وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله - فلا جناح عليهما فيما اقتلت به - أوجب إذا خص منه شيء أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع أن هذا الحديث إن كان معارضا لنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تأخلفوا منه شيئا - فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لأنه موافق لأحد النصين ، وفيه نظر لما قلنا من أن النهي عن الأخذ في هذه الآية مفيد بنشوزه وحده وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص ، لأن مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصا . لا يقال : أخذ الزيادة أيضا غير متناول المطلقة لأنها في نشوزها ونشوزها وحدها ليس نشوزها . لانا نقول : تثبت لإياضة أخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق أولى كما بينا ، وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه . نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الأولى ، ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من أن يزداد الحمل على ما هو الأولى وطريق القرب إلى الله سبحانه ، والله أعلم (قوله ولو طلقها الخ) صورته أن يقول أنت طالق على ألف

يعارض الكتاب ، وإذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة (وإن طلقها على مال) مثل أن قال أنت طالق بألف درهم أو على ألف درهم (قبلت وقع الطلاق ولزم المال) لأن هذا تصرف معاوضة يعتيد أهلية المتعاضين وصلاحيه

كالقصاص (وكان الطلاق باثنا) لما بينا ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البديلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقا للمساواة . قال (وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالف المسلم على خر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة ، وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيا) فوقع الطلاق في الوجهين للتعلق بالقبول واقتراحهما في الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كتابة ، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وإنما لم يجب للزوج شيء عليها لأنها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ، ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام ،

أو بألف ، أما لو قال وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي ، وقوله فقبلت وقع الطلاق : أي غير متوقف على الأداء ولزمها المال فيطالبها به إن كانت حرة أو أمة اختلعت بإذن سيدها حتى تنبأ فيه ، وإن اختلعت بغير إذنه لا تطالب إلا بعد العتق ، وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل المقدر القبول لا الأداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والمعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الأداء ، وإلى هنا يتم التقرير ، ولا بد من كون القبول في المجلس . وزاد في النهاية قوله : ولو قلنا بتعليقه بالأداء كانت كلمة على للشرط المحض ، وهي إنما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله أنت طالق على أن تدخل الدار : يعني أن تعليقه بالأداء يخرج إلى أن المعنى إن أدبت فأنت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر . في المعاوضات لاستئزاه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه . وقد يقال : إن ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من أنه يمين من جانبها أو إباحة ليس فليست هذه الزيادة محتاجا إليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك . وأعلم أن تعليق الوقوع بقبولها بحيث يزل بمجرد هوفها يتحقق فيه التحقيق أما فيما يشتمل فلا ، فلذا اختلف فيما إذا قال خلعت نفسك مني بكلا فقلت قبلت قيل يصح مطلقا ، وقيل لا يصح مطلقا . وقال الفقيه أبو جعفر : ينوى الزوج إن أراد به التحقيق دون السرم يصح وهو المختار للفتوى (قوله لما بينا) يعني قوله ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها (قوله وهي النفس) أنت ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر : أعني النفس (قوله وإن بطل العوض في الخلع الخ) حاصله أنه إذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم

المحل والكل حاصل ، أما أهلية الزوج فلأنه يستبد بالطلاق تنجيذا وتعليقا لاحالة ، وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فإن الحكم فيه متعلق بالقبول ، وأما أهلية المرأة فلأنها تملك التزام المال لولايته على نفسها ، وأما صلاحية المحل فلأن ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه ، وإن لم يكن مالا كالقصاص فإنه ليس بمال ، وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله ، كلنا في بعض الشروح (وإذا وقع الطلاق كان باثنا لما بينا) أنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها (ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البديلين فتملك الزوجة البديل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة . قال : وإن بطل العوض في الخلع) إذا خالف المسلم امرأته على خر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج لبطان العوض المسمى والفرقة بائنة ، وإن طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي ، أما الاشتراك في وقوع الطلاق فإنه علقه بقبولها وقد قبلت ، وأما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كتابة كما تقدم ، والواقع بها بائن إذا لم يكن من الألفاظ الثلاثة ، وهذه القطة ليست منها ، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة

بخلاف ما إذا خالغ على خل بعينه فظهر أنه خر لأنها سمت مالا فصار مغرورا، وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه مقوم وما رضى بزواله نجانا ،

حتى يطل ، فإذا أن يكون موقعا بلفظ الخلع أو الطلاق ، ففي الخلع يقع باثنا ، وفي الطلاق يقع رجعا إن كانت مدخولا بها وهي دون الثلاث . وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث ، وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد ، وفيهما معا لا يجب شيء لزوج . وجه الحكم الشامل أن ملك النكاح في الخروج غير مقوم ولذا لا يلزم شيء في الطلاق إجماعا وإباحة الافتداء ليس وضعا لتقومه شرعا وإلا لتعينت القيمة ولو بالنوع كهر المثل ، فإذا سمى غير المقوم في غير المقوم كان راضيا بسقوطه نجانا . وجه الافتراق أن لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لأنه من خلح الخف والنعل والقميص ، وقلمنا أن الكنايات عوامل بحقائقها ، كما أفاد حقيقتها منها قطع الوصلة كان الواقع به باثنا ومالا فرجعى ، ولفظ الخلع من الأول ، بخلاف لفظ اعتدى واستبرئ وحكم وأنت واحدة على ماسلف فلما يقع بها رجعى ، ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البيئونة . ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلمنا بالرجعى فيها كقول مالك وأحمد، والشافعي بخالفنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما أسلفناه فيها . وقال هنا إن الواقع باثن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لأنه مع الفارق ، فإن الشارع جعل البضع مقنونا حالة الدخول ، حتى لو سكتا عن المهر لزمته قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله مقنونا حالة الخروج لما بيننا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة . وفي كتب المالكية : لو خلعهما على حلال وحرام فحرم ومال صحح ولا يجب له إلا المال قبل هو قياس قول أصحابنا وهو صحيح . وفي جوامع الفقه : خالعهما على عبد نفسه لا يلزمها شيء لأنه مال لاستحقاقه بحال ، وعرف مما قررنا أن اقتضاره على قوله لأنه من الكنايات لا يستلزم البيئونة (قوله بخلاف ما إذا خالغ على خل بعينه لأنها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا) فيخرج عليها ، فعند أبي حنيفة ترد مهرها ، وعندهما مثل كيل النحر خلا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ، ولو علم الزوج بكونه خرا لاشيء له (قوله وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خر) أو نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم . واحتز به عما لو كاتب على هيئة أو دم فإن الكتابة حينئذ باطلة ، حتى لو أدى الميتة أو الدم لا يمتنع وهما فاسدة ، فلو أدى النحر عتق وعليه قيمة نفسه (لأن ملك المولى فيه مقوم) ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبي كثمانه ابتداء (وما رضى بزواله نجانا) لأنه لو رضى لتجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير مقوم في المقوم لا يستلزم رضاه

وأما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلأنها ما سمت مالا مقنونا لتصغير غارة له ، ولأنه لا وجة لإلزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا إلزام غيره لعدم الالتزام به (بخلاف ما إذا خالغ على خل بعينه فظهر خرا) فإنه يلزم عليها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة . وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط ، وهذا والصداق سواء لأنها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لأن التغيرير في ضمن المقدد يوجب الضمان . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب أو أعتق عبده على خر حيث تكون الكتابة فاسدة وإن أداها عتق وعلى العبد قيمته . أجاب بقوله (وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه) أى في العبد (مقوم) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب (وما رضى بزواله نجانا) فلما لم يقبل على تسليم البذل لعدم تقومه

(قوله لأنها سمت مالا) أقول : تعليل لقوله يلزم عليها رد المهر

أما ملك البضع في حالة الخروج غير منقوّم على ما نذكر . وبخلاف النكاح لأن البضع في حالة الدخول منقوّم ، والفقهاء أنه شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهاراً لشرفه ، فأما الإسقاط فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال . قال (وما جاز أن يكون مهرًا جاز أن يكون بدلًا في الخلع) لأن ما يصلح عوضًا للمنتقوّم

بلا عوض ، والعق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه . ولا إيجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه ، لأنه إذا تعلق البدل في موضع لزومه تجب قيمة المبدل . ولقاتل أن يقول : إن عني بكون العبد منقوماً عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعاً فمنوع ، وإن عني إمكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج ، فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والحزير . والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع بأن الشرع قوّم أو لا يبيع أو هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج (قوله والفقهاء فيه) أي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج (أنه) أي البضع (شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض ، فأما الإسقاط فنفسه شرف) أي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية (فلا حاجة إلى إيجاب المال) إذ لم يجب إلا هذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه (قوله وما جاز أن يكون مهرًا جاز أن يكون بدلًا في الخلع) ولا يتمكّن كلياً . فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرًا والبعض لا كالأقل من العشرة وما في يدها ، وما في بطن غنمها وما في بطن جاريها يجوز وله ما في بطونها ، ولا يجوز مهرًا بل يجب مهر المثل . والفرق أن ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المال فكان تعليقاً بالانفصال من البطن ، وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق ، فكذا الآخر : أعني المال ، ولا يقبله ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فلكلّك عوضه الآخر ، ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له ، وما حدث في البطن بعد الخلع لها لا له لأنها غير غارة ، إذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا إذا ظهر بلحواز كونه ربحاً أو مئنة فلا يلزمها شيء . ويصح التأجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالخضاد والدياس لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة ، وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالا ، وهذا لأنه لما كان إسقاطاً حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح جاز المجهول وإلى الأجل المجهول المستدرك لجهالة ، وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخلعها على وجه لا يلزم خلوتها

لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المنتقومة (أما ملك البضع في حالة الخروج فغير منقوّم على ما ذكر) بعيد هذا بقوله والفقهاء فلا يلزمها شيء ، وهذا الجواب بالنسبة إلى العبد ظاهر كما ترى ، وكذا بالنسبة إلى المكاتب لأن ملك المولى لما كان فيه منقوماً لم يرض بزواله بلا بدل ، ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة ، وأما ملك البضع فلما لم يكن منقوماً لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع ، وإنما عتق المكاتب إذا أدى الخمر المسبأة لأن في الكتابة تعليق العتق بأداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط . قيل وفي قوله على خير تلويح إلى أنه لو كاتب على مئنة أو دم فالكتابة باطلة ، حتى لو أدى لم يعتق ولنجب القيمة . وقوله (وبخلاف النكاح) للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء (لأن البضع في حالة الدخول منقوّم) ولهذا إذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال (والفقهاء) ما ذكره وهو واضح . قال (وما جاز أن يكون مهرًا في النكاح جاز أن يكون بدلًا في الخلع) كل ما جاز أن يكون مهرًا في النكاح جاز أن يكون بدلًا في الخلع ولا يتمكّن (لأن ما يصلح أن يكون عوضاً للمنتقوّم

أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم (فإن قالت له خالتي على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها) لأنها لم تقره بتسمية المال (وإن قالت خالتي على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرا) لأنها لما سميت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهة ولا إلى قيمة البضع : أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين لإيجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه

بها أو خدمة الأجنبية لأن هذه تجوز مهرا . وفي الخلاصة : قالت طلقني على أن أؤخر ما لي عليك فطلقها ، فإن كان للتأخير غاية معلومة صح به التأخير ، وإن لم يكن لا يصح ، والطلاق رجعي على كل حال . وكذا لو طلقها على أن تبره عن الكفالة التي كفل بها لها عن فلان فالطلاق بائن انتهى ، كأنه لأن الأول ليس فيه مال لأن مطالبها به لا تسقط بل تأخر ، بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال أو مطالبها بإياه به (قوله أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم) وهو البضع حالة الخروج ، بخلافه حالة الدخول فإنه متقوم . وعن هذا جاز تزويج الأب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يميز أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها . ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينقل من جميع المال . ولو اختلعت المريضة بتبر من الثلث فيكون له الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت وهي في العدة ، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن كان يخرج من الثلث (قوله لأنها لم تقره بتسمية المال) لأن ما في يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا وإن لم يكن مالا أو كان ، ومثل هذا قولها على ما في يدي أو ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لأن الشيء يصلق على غير المال ، فإن كان فيه شيء حال قولها فهو له كله ، ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للفرور والوجه ظاهر في الكتاب . وقوله (لا وجه إلا لإيجاب المسمى) أي ماسمته المرأة وهو المال ؟ وقيمته للجهة (قيل عليه يجب أن يلزمها ما يصدق عليه اسم المال وأقله ذره لما

أولى أن يصلح عوضا لغيره) ولا ينعكس ، فإذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز ، وله ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده . ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمها وجب مهر المثل لأن التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وإن كان بعرضية أن يصبر مالا بالانفصال لكنها بالنظر إلى ذلك تكون في معنى الإضافة أو التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والإضافة فكذاك العوض الآخر . وأما الخلع فأحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الإضافة والتعليق بالشرط فكذاك العوض الآخر فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المال ، وإذا سميت التسمية فله المسمى إن وجد ، وإن لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لأنها ما غرته لأن ما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ربحا (فإن قالت لخالتي على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تقره بتسمية المال لأن كلمة وما عامته تتناول المال وغيره) (وإن قالت خالتي على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرا . لأنها لما سميت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال عانا ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهة) أي جهالة كل واحد منهما ، ويجوز أن يكون معناه لجهة المسمى ، وإن كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة (ولا إلى قيمة البضع : أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج) كما تقدم (فتعين لإيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه)

(قوله لكنها بالنظر إلى ذلك) أقول : إشارته إلى قوله بعرضية أن يصبر مالا (قال المصنف ردت عليه مهرا) أقول : قال ابن أبي عمير : قيل

(ولو قالت خالتي على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم)
لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة ، وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لأن الكلام يحتل بدونه

عرف في الإقرار ، وهو مذهب أحمد رحمه الله . والجواب أن الجهالة توجب الفساد ، ولأن كون أقل ما هو مال درهما ممنوع (قوله لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة) فإن قيل : هذا في قولها درهم ظاهر ، أما في المحلى فينبغي أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام إلى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغي أن يلزمها درهم . فالجواب أن ذلك عند عدم إمكان المهدية ، فأما إن أمكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فإن قولها على ما في يدي أفاد كون المسمى مظهروفا بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها ، فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفتة من وقعت بيانا ومخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى - وليس الذكر كالأنثى - للمهد لتقدم ذكره في قوله - ما في يدي محررا - وإن كان يخالفه في كون منخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه في - وليس الذكر كالأنثى - لأن المراد بلفظ ما فيه متعين لأن المنطور للبيعة إنما هو الذكر ، ولأنه لا يكون للجنس إلا عند إمكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس - لا أشتري العبيد لإمكان الاستغراق في النفي دون لأشترين - المبيد لعدم الإمكان فيبحث بشراء عبد واحد بالأول ولا يبر - بشراء عبد في الثاني بل بشراء ثلاثة ، وبهذا التقرير تبين لك أن من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف ؛ ألا ترى إلى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذي موضعها موصولا بمنخولها حال كونه خير

وقوله (ولو قالت خالتي على ما في يدي من دراهم) واضح . وقوله (وكلمة من ههنا للصلة) إشارة إلى ما قالنا إذا كان في هذه الصورة درهما أو درهم يجب أن لا يجب عليها شيء غير ذلك لأن كلمة من للتبعيض ، وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - ومنهم من ضبط فقال : كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قوله أشعلت من الدراهم ، وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام ، فلنأخذ لو قالت خالتي على ما في يدي دراهم اختل الكلام ، وإذا لم تكن للتبعيض كان الجمع فيها نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم . واعترض بأن ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لأن قولها دراهم يجوز أن يكون بدلا من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالتي على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا أيضا ويكون تقديره خالتي على الدراهم واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد ، فلو كان في يدها درهم واحد وجب أن يكتب به ولا يلزمها الزيادة . والجواب عن الأول أن ههنا المنع لا يضربنا لأنه إذا كان تقدير كلامها خالتي على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب .

عليه يجب أن يلزمه ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الإقرار وهو مذهب أحمد ، والجواب : الجهالة الفاسدة توجب الفساد ، ولأن كون أقل ما هو مال درهما ممنوع له . وأنت خير بأن كون أقل ما هو مال درهما مذكور وصريح في كتاب الإقرار (قوله وكأبه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين) أقول : فيكون له في لفظة اصطلاح (قوله ومنهم من ضبط فقال : كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض الخ) أقول : تقدم في آخر فصل المشقة أن من في قوله طلق نفسك من ثلاث ما شئت للتبعيض عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يصح الكلام بدونه (قوله لأن قولها دراهم يجوز أن يكون بدلا الخ) أقول : ويصح فاجتنبوا الرجس من الأوثان - على البنية (قوله واللام إذا دخل الجمع الخ) أقول : افتراض لأن (قوله والجواب عن الأول الخ) أقول : إذا كان في يدي أكثر من درهم حبة ما ذكر فربما من تلك الضابطة من كون كلمة من الصلة دون التبعيض مع أنها حقيقة فيه كما تقدم في هذا الجواب .

(فإن اختلعت نخل عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت) لأنه عقد المعاوضة فيقتضى سلامة العوض ، واشترط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل إلا أن الخلع

المبتدأ الذى هو ضمير المجهى هكذا ما فى يدى الذى هو الدرهم كقوله تعالى - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - لصدق الرجس الذى هو الأوثان ، اللهم إلا أن يكون له فى لفظ الصلة اصطلاح ، وما قيل إن تعين الثلاثة فيما إذا لم يكن فى يدها شيء لأن البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة. دفع بأنه فرع تقوم البضع فى الخروج وهو متنب ، وفيه نظر لأن المراد أنه لما لزم المال من قولها على ما فى يدى من الدرهم وكان البضع محترماً فالظاهر أن يراد ببدل إسقاط الملك عنه ما هو معتبر ، والدرهم الواحد وإن صدق عليه الجنس الذى صار إليه الجمع غير ذى خطر ولذا لم يقطع العضو به ، بخلاف الجمع فإنه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملاً دلالة بالعين المذكور ، كما أنه يحمل على الفرد بمعنى لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره (قوله على أنها بريئة) يعنى إن وجدته سلمته وإلا فلا شيء عليها (قوله وعليها تسليم عينه الخ) هذا فرع صحة التسمية ، وإنما صححت فى الخلع لأن مبناه على المسامحة بسبب أنه اعتياض عن غير مال ، فالعجز عن تسليمه لا يقضى إلى المنازعة فى القيمة فتدفع . وكذا لو خالعه على عبد الغير صحت ويجب تسليمه إن رضى سيده وإلا بقيمته ، وهذا بطريق أبوى لأنه يجوز الزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى ، بخلاف البيع لأن مبناه على المشاحنة فالعجز يقضى إليها وهو لم يشرع إلا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه ، وبخلاف ما إذا خالعه على دابة وعلى أن تزوجه امرأة وتهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لأن الجهالة متفاحشة لاختلاف الأجناس فلا يمكن إيجاب شيء مسمى بعينه ولا قيمته ، بخلاف ما نحن فيه لأنه يمكن تسليمه أو قيمته . وغاية الأمر أن يكون كتسمية عبد وسط ، فإذا صحت التسمية أوجبت تسليم المسمى فاشترط البراءة عن ضمانه باطل لأنه اشتراط عدم البدل فى عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط ، بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لأنه يصح وإن

وعن الثانى لانسلم أنه لامعهود ثم بل ما فى يدها معهود بالإشارة إليها (فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه يعنى أن لا تطالب بتحصيله وتسليمه ، بل إن حصل تسلمه إليه وإلا فلا شيء عليها) لم تبرأ . وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت) لأنه عقد معاوضة يقتضى سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرط فاسداً لأنه لا تقتضيه العقدة فيبطل دون الخلع لأنه لا يبيطل بالشروط الفاسدة . فإن قيل : سلمنا أن الخلع لا يبيطل بها لكن ينبغى أن تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى ، وإذا فسدت رجح الزوج عليها بما ساق إليها من المهر كما إذا اختلعت منه على دابة . أجيب بأن العقد إذا كان صحيحاً كان ما ينقصه من الشرط ساقطاً ، والساقط لا يؤثر فى فساد شيء ، وإنما فسدت التسمية فيما إذا اختلعت على دابة للجهالة المستقبحة لكونها تنظم أنواعاً مختلفة من الحيوان . فإن قيل : الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليماً واشترط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ألقين : أجيب : بأن استحقاق التسليم فوق استحقاق التسليم ، فإن بيع مالا

(قوله عن الثانى بأن لا تسلم أنه لامعهود ثم بل ما فى يدها معهود بالإشارة إليها) أقول : وأنت غير. بأن هذا المقدار من التعيين لا يكتفى للمعوضية ، ألا ترى أنهم لم يكتفوا بمعوضية الذكر فى قوله تمام - وليس الذكر كالأنثى - بأن ما فى يدها معهود ، بل ضموا للذكر كونه محرراً فليقتل .

لا يبطل بالشروط الفاسدة ، وعلى هذا النكاح (وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليا ثلث الألف) لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلاث الألف ، وهذا لأن حرف الباء يصحب الإعراض

كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب أصله لأن وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد ، ثم يجب كونه سليما لأن وجوب مطلق الشيء يقتضى كماله ، لأن المعيب فائت من وجه فكان الموجب الأصلي هو العيب ، فاشتراط فيه اشتراط نفي نفس مقتضاه ، بخلاف اشتراط كونه معيبا لأنه إثباته ، ثم إسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه ، وذلك لا يخل بإثبات مقتضاه . أو نقول : السلامة إنما هي مقتضى العقد الذى لم يشترط فيه عدمها وهو المطلق لا غيره . بخلاف أصل البطل فإنه حكم كل عقد مطلقا . ولو اختلفت على عبد بعينه فائت في بطل الزوجة فعليا قيمته ، ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذى أخذته لأنها غرتة بتسمية العبد ، ولو كان حيا فاستحق لزومها قيمته لأنه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الأئمة ، ويجب في صورة ما إذا كان مات قبل الخلع إن كان الزوج علم بذلك أن لا يجب له شيء كما قدمنا في النخل المعين إذا ظهر خرا وهو يعلم . وفي كافى الحاكم : وإن اختلفت بعد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق ، وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته (قوله فطلقها واحدة) أى في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء (قوله فعليا ثلث الألف) به قال الشافعى . وعن مالك تقع بالألف . وعند أحمد تقع بغير شيء ، والدعوى موقوفة على إثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلاثة فائتبه بقوله إن الباء تصحب الأعراض باتفاق . والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والإخلا بعبء عنه فيكون بعضه بلا عوض ، لكن الغرض أن لا تبرع بشيء منه ، لكن لازم هذا جعل كل طلاقة بمقابلة ثلث الألف ، والمطلوب وهو طلب كل طلاقة بثلاثة لازمه ، لأنه إذا كان العلم محيطا بالتزام في نفس الأمر يكون طلب الجملة بعوض طلب كل جزء منه بكل جزء منه ، لكن يبقى فيه أنه إنما هو طلب الطلاقة بمحضها حال تخونها مع الطلقتين الآخرين لامتدة ، فيقاعه الواحدة فقط لإيقاع غير المستوفى ببيع بغير شيء ، وهو وجه قول الإمام أحمد ، فلذا رتب في الكافى الدعوى على اللازم الأول وهو جعلها كل طلاقة بثلاثة ، وجعله نظير من يقول لغيره بيع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلاثة يجوز باعتباره أنه تحصيل بعض المقصود ، كذا هذا بل أولى ، فإن مقصودها الأصلي ملكها نفسها بقطع ملكه ، غير أنها ذكرت إحدى صورتي ذلك وهو الثلاث بعد علمها بمحضه كل منها فإثباتها بواحدة تحصيل أصل المقصود في صورة أخرى فهو أولى بجوازها بمحضها ، بخلاف عدم الجواز في قوله بعثك هذه العبد الثلاثة بألف كل واحد بثلاثة قبيل في واحد لا يجوز على قول أبي حنيفة فإنه المانع وهو تفريق الصفقة فإنه ضرر على البائع ، لأن عادة التجار ضم الجيد إلى الردي في الصفقة ليرتجوا الردي ، فالحصول

يقدر على تسليمه لا يجوز ، والبائع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الأدنى جواز الأعلى ، ولأن الرغبة في ملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ، ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب . وقوله (وجعل هذا النكاح) يعنى إذا تزوج امرأة على عبد آبق على أنه برئ من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الخ (وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليا ثلث الألف) وكلامه واضح (وإنه قالت

(قوله ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب) أقول : فإن الأصل هناك باق فيجوز البعد

والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال (وإن قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله . ويمكك الرجعة . وقالوا : هي واحدة بائنة بثلاث الألف) لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاضات ، حتى إن قولهم اعمل هذا الطعام ب درهم أو على درهم سواء . وله أن كلمة على للشرط . قال الله تعالى : يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا . ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخل الدار كان شرطا ، وهذا لأنه لازوم حقيقة . واستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء ، وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط .

في بعضها إلحاق الضرر به ، وبخلاف ما لو قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لأن الزوج هناك راض بالبينونة مقابل بثلاث الألف حيث كان الإيقاع منه ، وفي هذه لم يرض بها إلا وأن يكون بإزاءها ألف ولم يوجد منه بعد الإيجاب ما يدل على الرضا . ولو قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها ثلاثا متفرقة في مجلس واحد استحق الألف استحسانا . وفي اللخيرة : قالت طلقني ثلاثا على ألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الألف لأنها التزمت بإزاء الحزمة الغليظة . وفي المرفياني : لو قال أنت طالق أربعة بألف فقبلت طلقث ثلاثا بألف ، ولو قبلت الثلاث بالألف لم يقع . وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الأمر باليد عن أبي يوسف : لو قالت طلقني أربعة بألف فطلقها ثلاثا فهي بالألف ، ولو طلقها واحدة فبثلاث الألف (قوله وهذا لأنه للزوم حقيقة . واستعير للشرط) . يبين أن قوله قبله إن كلمة على للشرط مراده مجازا . وفي النهاية : لا يتم تعليل أبي حنيفة إلا على تعليل المسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لأنه على تقدير كونها مستعارة للشرط ، لما أن يقول ما صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها لمعنى الباء . بل استعارتها لمعنى الباء أولى لأن حقيقتها الإلزام بالاتفاق ، والمناسبة بين الإلصاق واللزوم أكثر منها بين الإلزام والشرط . ثم نقل ما في المسوط أنها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا إذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه إذ لا يعدل إلى المجاز مع إمكان الحقيقة . والحق أن يقال : إنها حقيقة للاستعلاء إذا اتصلت بالأجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على

طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ، ولا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : وقمت تطليقة بائنة بثلاث الألف) لأن الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة (وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات ، حتى إن قولهم اعمل هذا الطعام ب درهم وعلى درهم سواء) وإذا كان معاوضة انقسم أجزاء المعوض على أجزاء المعوض (ولا يبي حنيفة أن كلمة على للشرط) أي تستعمل للشرط مجازا (قال الله تعالى : يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا) أي بشرط عدم الإشراك بالله (ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخل الدار كان شرطا) ويجوز المجاز ما ذكره المصنف أنه استعير للشرط لأنه يلازم أجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث الزوم (وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لأنه دخل على تعليق المال وذلك لا يقبل التعليق . والثاني أن ما ذهبتم إليه مجاز وما ذهبنا إليه مجاز آخر ، وليس أحد المجازين بأولى من الآخر ، فإن الزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين المعوض والمعوض . والجواب عن الأول أن المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجزاؤه أن يقبله تبعاً لمبتوعه وإن لم يقبله مستقلاً ، وعن الثاني أن للزوم بين العوضين بالتضاييف وبين الشرط والجزاء بالمدايات وكان جعله للشرط مجازاً أقرب إلى حقيقته ، والمجاز

(قوله فكانت المناسبة بينهما) أقول : أي بين الشرط (قوله وبين الشرط والجزاء) أقول : أي جنبتهما .

يخالف الباء لأنه للعوض على ما مر . وإذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة (ولو قال الزوج طلق نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء) لأن الزوج ما رضى بالبنينة إلا لتسلم له الألف كلها . بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لأنها لما رضى بالبنينة بألف كانت يعضها أرضى (ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف) ولا بد من القبول في الوجهين لأن

الأرض والبساط ومسحت على رأسى . وهو محتمل لإطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء . وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى الزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو قوله - يابعتك على أن لا يشركن بالله شيئا - أى بشرط ذلك ، ونحوه أنت طالق على أن تدخل الدار ، وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعضها على ألف وإجماله على درهم ، والعرفه كافل كلها على أن أنصرك أو أعطيك أو أشفع لك عند فلان ، والحد المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الأمرين لأن الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح . وكون مدخولها مالا لا يرجع معنى الاعتياض فإن المال يصح جملة شرطا محضا حتى لا تنقسم أجزاءه على أجزاء مقابلة . كما لو قالت إن طلقني ثلاثا فلك ألف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلا لشيء بل المجموع ينزل عند المجموع ، كما يصح جملة عوضا متقسما كما في بألف . فعلى اعتبار المعاوضة لثلاث الألف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا ، إذ الشرط لا يتوزع أجزاءه على أجزاء المشروع ، بل مجموعه محمول علامة على نزول كله . فدار الأمر بين لزوم ثلث الألف وعدمه فلا يلزم بالشك ولا يحتاج في الزوم إذ الأصل فراغ اللعة حتى يتحقق اشتغالها ، وعلى هذا التقرير يكون لفظا مشتركا بين الاستعلاء والزوم ، وكونه لا يوجب التوقف عند إطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه ، إذ غايته أنه لزوم القرينة المعينة لأحد المفهومين وهو خصوص المادة : أعنى كون مدخولها جسما محسوسا أو غيره ، وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند الرد ، أما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الإطلاق فلا ، ولا شك أن الاشتراك واقع وليس إلا لدليله ، على أنه لو سلم دعوى أن المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازى الزوم ليس بأولى من القلب ، وكون ذلك قول أهل العربية لا يرجعهم لأن أهل الاجتهاد هم أهل العربية وغيرها وأحد من الكل لا ينقل عن الواضع أن المعنى الحقيقي كلها ، بل ليس حكمهم به إلا بناء على ما رآه متبادرا عند الإطلاق لأهل اللسان ، ونحن أوجدنا ذلك تبادر الزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر . هذا ولو تنزلنا إلى كونه في الزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول : لما تعدرت الحقيقة : أعنى الاستعلاء كان في المجازى : أعنى الزوم ، وهذا المعنى المجازى معنى كل صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة إلى آخر ما قلناه بعينه (قوله ولو قال الزوج طلق نفسك ثلاثا بألف) تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وأبدانها (قوله ولو قال أنت طالق ، إلى قوله : ولا بد من القبول) لو قال أنت طالق بألف أو على ألف

الأقرب إلى الحقيقة أولى على ما عرف في الأصول (قوله على ما مر) أراد به قوله لأن خوف الباء يصحب الإعراض (وإذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ) غير مبنى على سؤالها (فوقع وله الرجعة) وقوله (ولو قال الزوج طلق نفسك ثلاثا) ظاهر (ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بألف يتوقف على قبولها في المجلس ، وهذا يحتمل من جهته فيصح تعليقه وإضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ، ويتوقف على البلوغ إن كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقه وإضافتها ، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس . وقوله لأن معنى قوله بألف بغرض يجب في عليك نظرا إلى الباء ، ومعنى

معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ، ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك ، والغرض لا يجب بدون قبوله ، والملق بالشرط لا ينزل قبل وجوده . والطلاق بائن لما قلنا (ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت ، وقال لعبيده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ، ولا شيء عليهما عدل أبي حنيفة)

أو خلعتك أو بارتك أو طلقك بألف أو على ألف يقع على القبول في مجلسها وهو يمين من جهته فيصبح تعليقه وإضافته ، ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال ، وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقه وإضافتها ، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها . أما تعليقه بالقبول فلأن الباء للمعاوضة ، وقدمنا أن في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول ، وكذا على عندهما فلا إشكال ، وعندهم للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو إما القبول أو الأداء ، ويتمين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة . فان قلت : فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها . فالجواب : صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط أنه القبول أو الأداء بعد لزوم إرادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لأصل المال من غير أن يثبت لزومه ، بل قالوا ما هو أبلغ من هذا ، وهو لو قال أنت طالق على أن تعطيني ألفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد ، أما لو قال إذا أعطيتي أو إذا جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح يجعل الإعطاء شرطا بخلافه مع على ، حتى إنه إذا كان على الزوج دين لما وقعت المقاصة في مثله في مسئلة على أن تعطيتي دون إن أعطيتي إلا أن يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بألف لما عليه ، وذلك لأنه يقال على أن تعطيتي منك كذا ، ويراد قبوله في العرف ، قال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - أي حتى يقبلوا ، للإجماع على أن بقبولها ينتهي الحرب معهم ، هذا ثم في قوله إن أعطيتي يشترط الإعطاء في المجلس لوقوع الطلاق ، وفي قوله إذا أو متى أعطيتي لاحتاجة إلى الإعطاء في المجلس ، وهذا يبين أن معنى المعاوضة ملاحظ وإن ذكر بصريح الشرط ، وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم . وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلأنه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها إذا ابتداء قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقه ولا إضافتها بالمبادلات تستدعي جوابا في المجلس ، فإذا لم يجب حتى قامت لم يعتبر قبولها إذ ذاك وفي جانبها هو يمين على ما سذكره .

[فرع] قال لأجنبية أنت طالق على ألف إن تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يبرأ القبول إلا بعد الزوج ، ولم يحك خلافا في جوامع الفقه ، وغيره جعل هذا قول أبي حنيفة . وعند أبي يوسف : إذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت . والحق قول أبي حنيفة لأنه خلعت بعد الزوج فيشترط القبول بعده (قوله ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبيده أنت حر وعليك ألف) أو قالت هي أو العبد طلقني أو أعتقتي ولك ألف في ابتداءه

قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك إنما هو على قول أبي حنيفة ، وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين (والغرض لا يجب بدون قبوله) ظاهر (وقوله والملق بالشرط لا ينزل قبل وجوده) يحتاج إلى أن يضم إليه وبوجوده يكون الألف عليها وكونها عليها إنما يكون بالقبول ، فإذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الألف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا : يعنى في أول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم والخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها (ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند أبي حنيفة ، وكذا لو قال لعبيده أنت حر وعليك ألف فقبلت وكلكت

وكذا إذا لم يقبل (وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبل) وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعناق. لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة، فإن قولهم أحل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدهم. وله أنه جملة تامة فلا تربط بما قبله إلا بدلالة، إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة، لأن الطلاق والعناق يتفكان عن المال، بخلاف البيع

يقع الطلاق والعناق بمجرد ذكرهما، ولا شيء له قبل أو ردا. وفي الثاني يقع إذا أجاب ولا شيء له، وقالوا: لا يقع شيء ما لم يقبل، فإذا قبل وقع ولزمهما المال. لهما أن هذا الكلام يقع لقصد المعاوضة حتى إن قوله للحياط خطه ولك درهم وللحمل أحمله ولك درهم فيقبلها، ويلزم المسمى المعلوم بإرادة نسب الحياطة والحمل لكنه ترك لإحاطة العلم بإرادته. وطريقة إفادة اللفظ لذلك أن يجعل الواو للحال، فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه في حال وجوب الألف لي عليك أو لك علي، ولا يتحقق هذا الحال إلا بقبوله، فعنده ثبت شرط الطلاق إذ الأحوال شروط فيقع عقيبها ولزم المال. فإن قيل: إنما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا. قلنا: الخلع أيضا معاوضة. وله أن قوله وعليك وقولهما ولك ألف جملة تامة، والأصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود، ولذا لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال إلا بقرينة تفيد مشاركتها فيه، كما في قوله إن دخلت فأنت طالق وعبدي حر فإن العتق يتعلق أيضا بالدخول، لأن قوله وعبدي حر وإن كان تاما إلا أنه في حق التعليق قاصر لأن الخبر الأول لا يصلح خبرا له، بخلاف مسألة الضرة لأنه يكفيه أن يقول وضرتك إن كان غرضه التعليق لأن خبر الأول يصلح خبرا له، ولا دلالة هنا لأن الطلاق والعناق لا يلزم فيهما المال، ومع عدم الزوم فالكرام يأبون قبول بدلها أئد الإباء، بخلاف الإجارة لأنها لم تشرع إلا معاوضة فلا بد فيها من المال، حتى لو قال للحياط خطه مقصرا لزم إذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى

الحكم إن لم يقبل. وقالوا: على كل واحد منهما الألف إذا قبل، وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعناق ويعلم من هذا أن الخلاف في موضعين أحدهما أن المرأة أو العبد إذا قبل المال وقع الطلاق والعناق مجانا عند أبي حنيفة ولا معتبر بقبولهما، وعندهما يجب على المرأة والعبد المال. والثاني أنها إذا لم يقبل المال يقع الطلاق والعناق عندهما كما إذا قبل، وعندهما إذا لم يقبل لم يقبل (لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة، فإن قولهم أحل هذا المتاع ولك علي درهم بمنزلة قولهم بدهم) والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الإباء بدلالة حال المعاوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت. ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال كأنه قال أنت طالق في حال ما يجب لي عليك ألف ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها، فإذا قبلت وجب الألف. ولأبي حنيفة رحمه الله أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله إلا بدليل، إذ الأصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا (لأن الطلاق والعناق يتفكان عن المال) بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض (بخلاف البيع

(قوله والخلع معاوضة الخ) أقول: أي من جهة المرأة فيه بحث، إذ قد سبق في أول الباب أن الخلع بين من الجانبين عندهما إلا أن يكون الكلام إلزاميا (قوله لهما أن هذا الكلام، إلى قوله: والخلع معاوضة) أقول: كون الخلع معاوضة سلم، إلا أن الكلام يكون هذا التصريف معلما (قوله فعلم الواو على معنى الإباء) أقول: فيه بحث (قوله ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال، إلى قوله: ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها الخ) أقول: إذ الأحوال شروط (قوله ولا بحنيفة رحمه الله الخ) أقول: قال ابن المدام: قالوا وباقية على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى المال عليها ابتداء انتهى. غرض كلامه أن المال في التصرفين لا يلزم

والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه (ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام قبلت بالخيار باطل إذا كان للزوج ، وهو جائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل ، وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف) وهذا عند أبي حنيفة (وقالا : الخيار باطل في الوجهين ، والطلاق واقع وعليها ألف درهم) لأن الخيار للفسخ بعد الانقضاء لا للمنع من الانقضاء ، والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأنه في جانبيه يمين ومن جانبها شرطها .

مال عليهما ابتداء . وفي قولهما ولك ألف إيجاب صلة مبتدأة وعدا منهما ، والمواعيد لا يتعمق بها لزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل ، بخلاف قوله "أد" إلى ألفا وأنت حر" ، لأن أول كلامه غير مفيد حكما معتبرا إلا بآخره ، إذ لا معنى لأمره بأدائها من غير موجب ، والقرينة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق بأداء المال فيوقوف الوقوع عليه ، أما هذا فأول الكلام مفيد بكون آخره منه ظاهر ، وكذا منها لأنه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره . واعلم أن جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الإنشاء وهو ممتنع على ما ذكره في الأصول فيجب أن يكون واو الاستئناف . وحينئذ إن ادعى أنها حقيقة فيه تبادر إليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال إلى دليل . والجواب أن احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل ، وبأحدهما يلزم المال وبالأخر لا فلا يلزم بالشك ، على أن تمنع كون جملة أنت طالق إنشائية . وكذا أنت حر ، وقدمنا في باب إيقاع الطلاق الدلالة على أنها خبرية ، والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجم إليه (قوله قبلت) أى الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار (فالخيار باطل إذا كان للزوج) فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال (وهو جائز إذا كان للمرأة) فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضي الأيام . فإذا كان ذلك وقع ولزمها المال (فإن ردت الخيار في الأيام يبطل) الطلاق ولزوم المال (وهذا التفصيل كله عند أبي حنيفة) ولا يخفى أن العبارة الجيدة أن يقال فإن ردت اختيار الطلاق بأن قالت لا أختار الطلاق ، وعبارة قاضيهان : فإن ردت الطلاق (وقالا : الخيار في الوجهين باطل ، والطلاق واقع بمجرد قبولها) وعليها المال (وجه قولهما أن الخيار للفسخ بعد الانقضاء) لأنه لم يشرع إلا في عقد لازم كالبيع والكتابة (لا للمنع من الانقضاء والتصرفان) : أعني إيجابه وقبولها (لا يحتملان الفسخ من الجانبين) أى لا منه ولا منها (لأنه في جانبيه يمين) إذ حاضله تعليق الطلاق بقبولها المال (وفي جانبها شرطه) أى شرط هذه اليمين بتأويل الحلف ، فإذا قبلت كان ذلك

والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه) أى دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا (ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام قبلت) طلقت بالخيار باطل (إذا كان للزوج ، وجائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل الطلاق ، وإن أجازت) الطلاق أولم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق (ولزمها الألف عند أبي حنيفة ، وقالا : الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الألف لأن الخيار للفسخ بعد الانقضاء لا للمنع من الانقضاء ، ولا فسخ بعد الانقضاء ههنا لأن التصرفين) يعنى إيجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين ، أما من جانبها فلا لأنه يمين لأنه ذكر

إلا بإيراد أن البيئة ، وهما منفردان هنا إذ القبول ليس بإقرار (قوله قبلت طلقت بالخيار باطل إذا كان للزوج) أقول : العبارة المرئية حكما قبلت بالخيار باطل إذا كان للزوج وطلقت ، وإلا فقوله جائز على باطل فتأمل كيف يكون المعنى ، فالأنسوب تأثير طلقت من قوله للزوج حتى يلزم المحذور

ولأى حنيقة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ، ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه . أما في جانبها يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان ، وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق

وجود الشرط ، وشرط العين إذا وجدت لا يتصور فسخها فتصلر فسخها ، ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين ، وإذا بطل انبرم ما شرط فيه وله أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع (يعنى معاوضة) ولذا صح رجوعها) عنه إذا ابتدأت قبل أن يقبل هو (ولا يتوقف على ما وراء المجلس) بالاتفاق بيننا ، حتى لو قامت قبيل هو أو قامت ثم قبلت فيما إذا كان هو المبتدى لا يصح ، ولو ذكرته بصريح الشرط . في الكافي للحاكم أبي الفضل إذا قالت إن طلقني ثلاثا فلك على ألف ، فإن فعل في المجلس فله الألف ، وإن فعله بعده فلا شيء له (وفي جانبها يمين) كما قال (حتى لا يصح رجوعه) بعد قوله أنت أو هي طالق على كذا أو بكذا (ويتوقف على ما وراء المجلس) فلا يبطل إلا أن ينقض مجلس خطابا أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل ، ويصح تعليقه وإضافته ، حتى لو قال إذا جاءه فقد خالعتك على ألف أو فقد طلقتك على ألف وقبلت في الغد في مجلس علمها وتم ولزمها المال ، ولا يصح قبولها قبل الغد لأن نفس الإيجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله . ولا يصح القبول قبل الإيجاب (ولا خيار في الأيمان) فيبطل خياره ، ويصح في البيع فيصح خيارها ، وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته في نفسه ، ألا ترى أنه لو قال إن بعتك هذا فبعدي حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب والخيار ، بخلاف ما قال إن دخلت فأنت طالق على أنك بالخيار لا يصح لأنه خيار في الطلاق لا معاوضة . فإن قيل : ثبت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره . فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص ، فإن ثبوته في البيع لدفع الغبن في الأموال والغبن في النفوس أضر ، والحاجة إلى الروى فيه أكثر ، فإنه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبدا ، وهذا المعنى يقف عليه كل لغوى بعد علمه بشرعيته في البيع فكان بدلالة النص (قوله وجانب العبد في العتاق) أى على مال (كمجانها في الطلاق) فيصح فيه شرط الخيار له إذا قال أنت حر على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام .

شرط وجزاء معنى والعين لا يقبل الفسخ . وأما من جانبها فلا أن قبول المرأة شرط تمام العين فإن يمين الزوج تم بقبول المرأة فأخذ قبولها حكم العين في عدم احتمال الفسخ (ولأى حنيقة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع) ألا ترى أنها لو رجعت صح . ولو قامت من المجلس بطل كافي في البيع ، وإذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه ، وأما في جانبها فيمين . لأنه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان . فإن قيل : قد ثبت أنه من جانبها شرط العين وشرط العين لا يقبل الفسخ . أجيب بأن كونه شرط يمين لا يمنع أن يكون تملكيا في نفسه كمن قال لآخر إن بعتك هذا العبد بكذا فبعدي هذا الآخر حر أنه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة . أن يكون شرطاً لليمين ، وإذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ، ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطاً لأن كونه شرطاً قائم بهذا الوصف وهو أنه تملك مال (وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق)

(قوله فإن يمين الزوج تم الخ) أقول : في حق ترتب الأثر (قوله أجيب بأن كونه شرط يمين الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا باع العبد فيما ذكره من الصورة بالخيار يعتق العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أولا لوجود شرط العين وذلك مراده يعلم قبل شرط العين

(ومن قال لأمرائه طلقك أمس على ألف درهم فلم تقبل فقالت قبلت فالقول قول الزوج ، ومن قال لغيره بعث منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال : قبلت فالقول قول المشتري) ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه فالإقرار به لا يكون إقرارا بالشرط لصحته بدونه ، أما البيع فلا يتم إلا بالقبول والإقرار به إقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول رجوع منه .

[فرع] من صور تعليق الخلع أن يقول : إن دخلت الدار فقد خلعتك على ألف فراضيا عليه ففعلت صبح الخلع ، ذكره في علامة السنين من التجنيس ، لأن التعليق من الزوج يجوز لأنه طلاق ، وهذا يفيد أن قبولها قبل الشرط . وفي الرجيز : إذا قال إذا قدم فلان فقد خلعتك على ألف وإذا جاء غد الخ كان القبول إليها بعد مجيء الوقت وقدم فلان (قوله فالقول قول الزوج) أى مع يمينه . وحقيقة الفرق بين الصورتين أن قوله طلقك أمس على ألف إقرار بمجموع اليمين لا بوقوع الطلاق إذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه ، والموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف في وجود الشرط وهي تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر غير مناقض إذ لم يقتض إنكاره . القبول رجوعه عن شيء مما أقر به ، والقول المنكر بخلاف قوله بعثك فإنه إقرار بقبول المشتري إذ البيع لا يقوم إلا به . فإنكاره قبوله رجوع عما أقر به فلا يقبل ، حتى لو كان قال لها بعثك طلاقك أمس فلم تقبل فقالت بل قبلت كان القول قولها ، وقوله لعبد أعفكك أمس على ألف فلم تقبل وبعتك أمس نفسك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها . ولهذا المسئلة أخوات في كتب محمد رحمه الله تعالى هي : قال لها قد طلقك واحدة بألف فقبلت فقالت إنما سألتك ثلاثا بألف فطلقني واحدة فلك ثلثا القول للمرأة مع يمينها ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع ، أو قالت اخلعتك بغير شيء فالقول قولها والبينة بينة الزوج ، أما إذا اعتقا أنها سألته أن يطلقها ثلاثا بألف وقالت طلقني واحدة وقال هو ثلاثا فالقول قوله إن كانا في المجلس ، ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق أنت طالق في مجلس سواها الثلاث بألف كان له الألف ، فغاية هذا أن يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله ، وإن كان في غير ذلك المجلس لزمها الثلاث ، وإن كانت في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج إلا ثلث الألف ، وإن قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف فطلقني واحدة فلا شيء لك : يعنى على قول أبي حنيفة ، وقال هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقكها فالقول قولها على قول أبي حنيفة رضي الله عنه . وإن قالت سألتك ثلاثا بألف فطلقني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره

يعنى يصح الخيار من العبد إذا جبره المولى في الإعتاق على مال كما يصح الخيار في أنلاع من جانب المرأة (ومن قال لأمرائه طلقك أمس على ألف درهم فلم تقبل فقالت قبلت فالقول قول الزوج . ومن قال لغيره بعث منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري . ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه) فإنه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا يصح الرجوع عنه (والإقرار به) أى باليمين على تأويل الحلف أو المذكور (لا يكون إقرارا بوجود الشرط لصحته) أى لصحة اليمين (بدونه) أى بدون الشرط (أما البيع فلا يتم إلا بالقبول) ولهذا يملك الرجوع قبل القبول (فالإقرار به) أى بالبيع (إقرار بما لا يتم إلا به ، فإنكاره القبول رجوع منه) عن

الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط إذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب الألف عليها ، وظاهر أن وجوبه بعد سقوط الخيار ، وهذا مال كلام الشارح أعزها غليظايل .

قال (والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) وقال محمد : لا يسقط فيهما إلا ما سمي به ، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة .

فقال بل الثلاث فيه فالقول لها . وإن قالت سألتك أن تطلقني أنا وضرتي على ألف فطلقني وحدي وقال طلقها معك وقد افرقا عن ذلك المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الألف والأخرى طالق بإقراره ، وكذا إن قالت فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس . ومثله خلع الثنتين يسؤال واحد تنبيه ، وهو أنه إذا خلع امرأته على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجها عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بألف فطلق إحداهما لزم المطلقة حصتها من الألف على قدر ما تزوجها عليه ، فإن طلق الأخرى في ذلك المجلس أيضا لزمها أيضا حصتها لا أن الألف تنقسم عليهما بالسوية . ولو طلقها بعد ما افرقا فلا شيء له ، وإذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فأقامت بينة فشهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمسة أو اختلعا في جنس الجعل فالشهادة باطلة . وإن كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد شاهديه بألف والآخر بألف وخمسة والزوج يدعي ألفا وخمسة جاز شهادتهما على ألف ، وإن ادعى ألفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق بإقراره . وكذا لا يجوز شهادتهما إذا اختلفا في جنس الجعل أيضا ، الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله . ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول لها عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان (قوله والمبارأة كالخلع) بفتح الهزعة مفاعلة من البراءة وترك الهزعة خطأ كما في المغرب ، وهو أن يقول بآرائك على ألف وتقبل ، وقوله (يسقطان كل حق إلى آخره) مقيد بالمهر والثقة الماضية إذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لائق البراءة منها وإن كان من حقوق النكاح ، بل للمختلعة النفقة والسكنى إلا إن اختلفت على نفقة العدة فسقط دون السكنى لأنها حق الشرع ، وإطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئا في الخلع أولا

عن الإقرار وهو غير مسموع . قال (والمبارأة كالخلع) المبارأة بفتح الهزعة مفاعلة من بآرائك : إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهزعة خطأ ، كما في المغرب . والأصل في هذا الفصل أن المبارأة والخلع (كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كالنكاح والثقة الماضية دون المستقبل لأن المختلعة والمبارأة النفقة والسكنى مادامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا (عند أبي حنيفة) . وقال محمد لا يسقط فيهما إلا ما سمي به ، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة) فلو كان مهرها ألفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة ، وفي قولهما ترجع عليه بأربعمائة ولو كانت قبضت الألف ثم اختلفت بمائة درهم لم يكن الزوج غير المباشرة في قوله وعندهما يرجع عليها إلى تمام النصف ، وإذا خالعهما على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق ، فإن كانت المرأة منخولا بها والمهر مقبوض فلها تسليم إلى الزوج ولا يقع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء ، وإن كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما . وأما إذا كانت المرأة غير منخول بها والمهر مقبوض فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة ، وإن لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لإرجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما . وأما إذا أبرأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد

(قوله كلاهما يشهد الخ) أقول : كلاهما مبتدأ (قوله والثقة الماضية) أقول : المرفوعة (قوله سوى المصدق) أقول : بالاتفاق .

لحمد أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره .

وليس كذلك ، وجهته أنها إما أن لا يسميا شيئا بأن يقول خالعتك فقبلت ولم يذكر شيئا أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر ، فإن لم يسميا شيئا ففيه ثلاث روايات : إحداها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه إن لم يكن مقبوضا . والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواء . والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر ، وهو الصحيح على قول أبي حنيفة سواء كانا قبل الدخول أو بعده مقبوضا كان أولا حتى لا ترجع عليه بشيء إن لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها به إن كان مقبوضا كله ، والخلع قبل الدخول ، وهذا لأن المال المذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ماهون حقوق النكاح بقريضة أن المراد الانخلاع منه . وإن سميا المهر ، فإن كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله ، وإن كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وإن كان قبل الدخول ، فإن كان مقبوضا في القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفا رجع بألف وخمسمائة ، وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لأن المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لأنها قبضت مالا تستحقه فيجب عليها رده . كذا ذكره قاضيخان . قيل وينبغي أن لا يجب إلا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ، كما إذا خالعا على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لا يجب عليها رد شيء منه وسميا ، وكما إذا سميا بعض المهر فإنه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ، ولكن قد يقال ينبغي أن يجب كل المسمى بالشرط لأن المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير أنه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشترط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف إلى تمامه ، فإذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكلمة بالشرط ، وإن لم يكن مقبوضا في القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لأنه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتحقان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد . وفي الاستحسان : لا يرجع عليها بشيء لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب لها ذلك . ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتحقان قصاصا ، وإن سميا بعض المهر بأن خالعا على عشرة مثلا والمهر ألف ، فإن كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها ، وإن كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي يحكم الخلع ، وإن كان قبل الدخول وكله مقبوض في القياس يرجع عليها بمائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول . وفي الاستحسان : يرجع عليها بخمسين لأنه عشر مهرها قبل الدخول وبركت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع ، وعلى ما بحثناه ينبغي أن يرجع بمائة ، وإن لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشرة بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي يحكم الخلع . وإن سميا مالا آخر غير المهر ، فإن كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير ، وإن لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع ، وإن كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه ، وإن لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط ويسقط عنه المهر بحكم الخلع . إذ عرفت هذا جئنا إلى الخلافية (وجه قول محمد رحمه الله أن هذه معاوضة) وأثر

كالجواب في الخلع عنده ، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة (لحمد أن هذه) أي كل واحد من الخلع والمبازاة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ، ولهذا لو كان لأحدهما دين واجب بسبب آخر أو عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عديتها لا تسقط وإن كانت من حقوق النكاح

ولأى يوسف أن المبرأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وأنه مطلق قيدها بنحو النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فتقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام . ولأى حنفية أن الخلع ينفي عن الفصل ومنه خلع الثعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبرأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه .

المعاوضة ليس إلا في وجوب المسمى لا في إسقاط غيره وصار كما إذا وقع بلفظ الطلاق على مال ، ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وإن كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر (ولأى يوسف أن المبرأة من البراءة فتقتضى البراءة من الجانبين وأنه مطلق) في كل دين إلا أنا (قيدها بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض) فإن الغرض المبرأة من متعلقاته ، أما الخلع فلإنما يقتضي فصلا وانخلاعا ، وحقيقته تتحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر . ولأى حنفية رضى الله عنه أن الخلع صلح وضعه شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح ، فيأتم تحقق مقصوده يجعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر وإلا عاد على موضوعه بالنقص لأن لفظه ولفظ المبرأة يفيد إطلاقهما ذلك في المبرأة كما قال أبو يوسف ، ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه ، فإنه إذا انخلع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال بأن ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك ، وثبوته على هذا الوجه يسقط مطالبة كل منهما الآخر بمواجب النكاح ، بخلاف لفظ الطلاق فإنه ليس فيه ما يدل على تسقوط الحقوق الواجبة بالنكاح . على أن على رواية الحسن عن أبي حنيفة أن الطلاق على مال كالخلع يسقط به ما يسقط بالخلع ، وبخلاف دين آخر لأن شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا ، وبخلاف نفقة العدة فإنها ليست من مواجب النكاح ، بل يحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرطا سقوطها في الخلع سقطت باعتبار ما تستحقه وقت الخلع ، والباقي سقط تبعا في ضمن الخلع ، أما لو لم تسقطها حتى انخلعت ثم أسقطت لاسقط لإسقاطها حيثلها قصدا لما لم يجب ، فإنها إنما تجب شيئا فشيئا بخلاف ذلك الإسقاط الضمني ، وأما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح إسقاطها بحال إلا إن أبرأته عن مئونة السكنى بأن كانت ساكنة في بيت نفسها ، أو أنها تعطى الأجرة من مالها فإنه يصح حينئذ التزامها ذلك . وفي القنية : الإبراء وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وإن لم تكن واجبة عنده . قيل ماسبق هو الصحيح . وما ذكره في القنية يعطل بالإبراء بعد الخلع فإنه لا يصح ، لكن في البيانج : لو

(ولأى يوسف أن المبرأة مفاعلة من البراءة) والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين ، وذلك يقتضى براءة كل واحد منهما عن الآخر (وأنه) أي لفظ البراءة على ما قبل أو على تأويل المذكور (مطلق) ، وقيدها بحق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لأجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح ، وانقطاع المنازعة إنما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة ، كذا في بعض الشروح . وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتقتضي البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح ، أما الخلع فتقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام (ولأى حنفية أن الخلع ينفي عن الفصل) ومنه خلع الثعل وخلع العمل (وهو انفصال العامل عنه ، والفصل لا يكون إلا عن وصل ولا وصل إلا بالنكاح وحقوقه لازمة له وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح) كالمبرأة فيعمل بالإطلاق كما في المبرأة في النكاح وأحكامه وحقوقه قولا بكامل الفصل ، ونفقة

أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح . قال : هكنا ذكره الطحاوى انتهى . بخلاف الإبراء منها حال قيام النكاح لأن الإبراء من النفقة المستقبل لا يصح . هذا ولقائل أن يقول : الوجه الأول يقتضى سقوط المهر بالطلاق على مال ، والثانى يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لأنه يفيد انطلاقها : أى المرأة ، وانطلاقها عن الزوج يوجب مثله فى حقه ، وتحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بموجب النكاح كما قلنا فى الخلع بعينه . فالذى يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الأول ، والزام رواية الحسن عن أبى حنيفة فى الطلاق على مال أنه أيضا يسقط المهر كالخلع وإلا فالحال ما عamt . ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء : أى بأن قال بعتك نفسك بألف فقالت اشتريت اخطف المشايخ فى أنه على قول أبى حنيفة رضى الله عنه كالخلع والمباراة أولا ؟ وصح فى الفتاوى الصغرى أنه كالخلع والمباراة ، وترجيح قول محمد رحمه الله تعالى بأنه عقد معاوضة فلا يزداد على ماتراضيا عليه ، واللفظ وإن كان بآى عن الفصل فالتفصيل وجد على مقدار رضيا به فكيف يسقط غيره ذمول عن التحقيق ، فإنه إذا أنبأ عن الانفصال فى متعلقات النكاح واقتضى ذلك أن تسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضى على إثباته بما لا فقد وقع التراضى على إثبات سقوط ملك النكاح والمهر بملك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة .

[تنبيه] لا يسقط المهر بخلع الأجنبي بمال نفسه لأنه لا ولاية للأجنبي فى إسقاط حقها ، ذكره شمس الأئمة وكذا الأئمة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر ، بخلاف ما إذا كان بإذنه فيسقط ويتابع فى بدل الخلع ، وفيما إذا كان بغير إذنه لا تطالب به إلا بعد العتق ، وأم الولد والمذبرة فى الإذن يؤديان من كسبهما .

[فروع] إذا شرط بدلًا للخلع البراءة من نفقة الولد وهى مئونة الرضاع إن وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم وإلا لا يصح . وفى المتن : إن كان الولد رضيعا صح وإن لم يبين المدة وترضع حولين اهـ . بخلاف القطم .. وفى الخلاصة : امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشرة بنفقة صح الخلع ويجب ذلك ، وإن كان مجهولا : يعنى نفقة النفقة ، وهذا لما علمت أن الجهالة غير المتفاحشة متحملة فى الخلع ، فإن تركته على زوجها وهربت فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها ، ولها أن تطالبه بكسوة الصبي إلا إن اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وإن كانت الكسوة مجهولة ، وسواء كان الولد رضيعا أو فطيا ، ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها يبدل الخلع على إرضاع الرضيع جاز ، ولو استأجرها به على إمساك القطم بنفقته وكسوته لا يجوز . وفى المحط : ذكر ابن مبيعة عن محمد رحمه الله تعالى فى امرأة اختلعت من زوجها بمالها عليه من المهر وبرضاع ولده الذى هى حامل به إذا ولدته إلى سنين جاز ، فإن مات أو لم يكن فى بطنها ولد نرد قيمة الرضاع ، ولو مات بعد سنة نرد قيمة رضاع سنة ، وكذا إذا ماتت هى عليها قيمته انتهى . ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنين ونفقة باقى السنين إلا أن قالت عند الخلع إن مات أو مات فلا شيء على فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف . ولو اختلعت على أن تمسكه إلى وقت البلوغ صح فى الأئمة

قال (ومن خلعت ابنته وهي صغيرة بما لها لم يميز عليها) لأنه لا نظر لها فيه إذ البضع في حالة خروج غير متقوم ، والبدل متقوم بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلعت المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال ، وإذا لم يميز لا يسقط المهر ولا يستحق ماله ، ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتحليق بسائر الشروط

لا الغلام ، وإذا تزوجت فللزوجة أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها ، وإن اتفقا على ذلك لأن هذا حق الولد ، وينظر إلى مثل إمساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها . ولو اختلعت على لإرضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح ، ولو خالعت على نفقة ولده عشرة وهي معسرة فطالبته بنفقتها يجبر عليها وما شرط حق عليها ، وعليه الاعتماد لا على ما أفاده بعضهم من سقوط النفقة ، ولو خالعتها بما لها عليه من المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ، ومثله لو خالعتها على عبدها الذي لها عنده أو متاعها ثم ظهر أن ليس في يده شيء وقع على مهرها ، فإن لم تكن قبضته سقط ، وإن قبضته رده أو مثله أو قيمته ولو خالعتها بمهرها وهو يعلم أن ليس لها عليه مهر وقع بائنا عجانا ، ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم أنه لامهر لها وقع رجعيًا عجانا (قوله لم يميز عليها) يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الأب لأنه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وإن كانت صغيرة ، ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق ، فلما صرح بأن الأصح وقوعه تعين أن المراد الثاني ، وهذا لأنه لا نظر لها فيه ، إذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم ، فإعطائه المتقوم من ماله بوعض غير متقوم لا يجوز لأنه في معنى التبرع بما لها (قوله بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول) فهو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لأنه أعطى المتقوم من ماله بمتقوم (قوله ولهذا يعتبر خلعت المريضة) متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج ، وقدمنا في أول الباب أن الواجب للزوج إن ماتت في العدة الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت في العدة ، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن خرج من الثلث (قوله ونكاح المريض الخ) متصل بأنه متقوم حال الدخول (قوله والأول أصح) نص عليه في المتنبى

العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به ، وإنما تجب بعده شيئًا فشيئًا (ومن خلعت ابنته وهي صغيرة بما لها لم يميز عليها) لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر لها فيه : أي في هذا الخلع (لأن البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلعت المريضة من الثلث) والبدل متقوم ومقابلة ماله ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح) فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لأن البضع متقوم حالة الدخول ، ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكانت مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو من وجوه النظر ، وإذا لم يميز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من ماله بدل الخلع ، وهل يقع الطلاق أو لا يقع ؟ فيه روايتان : في رواية يقع ، وفي أخرى لا يقع . ومنشأ الروايتين قول محمد في الكتاب لم يميز ، فإنه يحتمل أن ينصرف إلى الطلاق وأن ينصرف إلى لزوم المال ، والصحيح أن الطلاق واقع ، وعدم الجواز منصرف إلى المال ، نص عليه في المتنبى فقال : لأن لسان الأب كلسانها . ولو خالعت امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصغيرة لزوجها اخلعني على مهرى ففعل وقع الطلاق بغير بدل . واختاره المصنف فقال (والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله) أي بقول الابن ، فيجوز

(قوله وقع الطلاق بغير بدل) أقول : فكذلك مكانه .

(وإن خالها على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والألف على الأب) لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبية صحيح فعلى الأب أولى .

ووجهه ما ذكر من أنه تعليق بقبول الأب وقد وجد الشرط وما ذكر في وجه الرواية الأخرى من أن الأب لما لم يضمن المال صار كأنه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وإن لم يلزمها المال . وما قيل من أن الخلع في معنى العيين والأيمان لا يجري فيها النيابة فاللزامة الأولى ممنوعة ، وكون الموجود من الأب يمينا غير صحيح ، بل مجرد الشرط وشرط العيين يصح من كل أحد ، هذا إذا قبل الأب ، فإن قبلت وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال . وفي جوامع الفقه : طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلاق ولا يبرأ . وإن قبل أبوها أو أجنبي . روى هشام عن محمد رحمه الله أنه يقع ، وروى الهذلي عن محمد أنه لا يقع ، ولو بلغت فأجازت جاز (قوله على أنه) أي الأب ضامن . المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها (فالخلع واقع) سواء خلعهما الأب على مهرها وضمنه أو ألف مثلا (فيجب الألف عليه لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبية صحيح فعلى الأب) وأنه يملك التصرف في نفسها ومالها بالإقراض والإيداع والإجارة والإبضاع (أولى) بخلاف بدل العتيق لا يجوز اشتراطه على الأجنبية لأنه يحصل به

بالتعليق بسائر الشروط مثل أن يقول إن دخلت الدار وغيره ، وفي ذلك يقع إذا وجد الشرط ، فكل ذلك إذا وجد القبول . ووجه الرواية الأخرى أن الخلع في معنى العيين والأيمان لا يجري فيها النيابة ، ولو انعقد من الأب انعقد بطريق النيابة إلا أن هذا لا يقوى فإن الأب يوجد منه شرط العيين لا نفس العيين ، وشرط العيين يصح من كل واحد (وإن خالها على ألف على أنه) أي الأب (ضامن فالخلع واقع والألف عليه) أي على الأب ، ومعنى الضمان هنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لأن الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها أحد . ووجه ذلك ما ذكره (أن اشتراط بدل الخلع على الأجنبية صحيح) لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البذل في ملكه (فعلى الأب أولى) وذكر في وجه الأولوية أن للأب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء وإجارة وإيداعا وإبضاعا ، ولا يجوز هذا التصرف من الأجنبية . ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات ، فلما جاز ذلك من الأجنبية مع أنه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلأن يجوز من الأب وله ذلك أولى وفيه تأمل ، فإن التصرف في مال الصغير إنما يؤثر في الأولوية أن لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك ، وكان تلك الولاية وعدلها سراء . ولعل الأولى أن يقال : الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر أو نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فإذا كان التزام بدله من الأجنبية صحيحا مع قصور الشفقة فلأن يصح من الأب مع وفورها أولى . فإن قلت : على ما ذكرت من كون الأجنبية في معنى المرأة في عدم دخول شيء يقابل البذل في ملكه يجب أن يصح إعطاء الرجل عبده على مال على الأجنبية كما يصح على ماله عليه لأنه لا يدخل في ملك الأجنبية شيء كالعبد وليس كذلك . قلت : تحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية وسبب لحصول الأملاك ، وليس الأجنبية كذلك . لا يقال : في الخلع أيضا تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الأجنبية

(قوله وإن خالها على ألف) أي الأب ضامن الخ . أقول : فيه بحث ، فإن المعلق بالشرط لا يزل قبل وجود الشرط كما تقدم ، وهنا ما يوجد الشرط لأن وجوده بوجود الألف ولم يوجد بقوله . وجوابه أن ههنا مثل الخلع على ماله يباح ، فإن الأب لم يكن حارا له إذ الجهل ليس بغير تأمل ، ومن المعلوم أنه لا يجب في أمثاله (قوله كما يصح على ماله عليه) أقول : فخير عليه راجع إلى المبدأ .

ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب (وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فإن قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لأنها ليست من أهل الغرامة فإن قبله الأب عنها ففيه روايتان (وكذا إن خالها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر) وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين

للعبد ما لم يكن حاصلا وهو إثبات الأهلية وهو القوة عن ذلك الإسقاط ، بخلاف إسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الأجنبي والأب مثلها في أنه لم يحصل لها شيء ، بخلاف العبد فإنه حصل ما ذكرنا له ، والعوض لا يجب على غير من يحصل له الموضع فصار كتمن المبيع إلا أن البيع يفسد بالشروط القاسدة والخلع لا يفسد بها (ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل في ولاية الأب) فإذا بلغت تأخذ نصف الصداق إن كان قبل الدخول ، وكله إن كان بعده من الزوج ويرجع هو على الأب الضامن أو ترجع هي على الأب ولا يرجع هو على الزوج ، ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله إن كان بعد الدخول ونصفه إن كان قبله ويرجع الزوج على الأب الضامن قيمته (قوله وإن شرط) أي لو شرط الزوج الألف عليها (توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول) بأن تكون مميزة وهي أهلية المرأة لقبول بدل الخلع إن شرط بأن تعرف أن النكاح جالب والخلع سالب ، فإن قبلت وقع الطلاق لوجوب الشرط وهو قبولها ، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة إذ البيئته بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال ، ألا يرى إلى بينوتها بدونه فيما إذا سمت حرًا ونحوه ، وإن قبله الأب بدونه عنها في وقوع الطلاق روايتان : في رواية يصح لأنه نفع محض إذ تتخلص من عهده بلام مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة ، وفي أخرى لا يصح لأن قبولها شرط البيئن وهو لا يمتثل النيابة وهذا هو الأصح (قوله وكذا إن خالها) أي خال الصغير الزوج على مهرها ولم يضمن الأب توقف على قبولها إن كانت على ما قلنا آفا فإن قبلت وقع الطلاق باتا ولا يسقط المهر ، وإن قبله الأب فعلى الروايتين ما لم يضمنه ، فإن ضمنه صح وقوع

كذلك . لئلا نقول : العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه إثبات شيء بخلاف العتق (قوله ولا يسقط مهرها) يعني وإن كان الخلع يسقطه (لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب) لأنه ليس من النظر وولايته نظرية . وقوله (وإن شرط الألف) يعني أن الزوج إن شرط الألف على الصغيرة (توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول) بأن تعقل العقد وتعبر عن نفسها (فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة وإن قبله الأب عنها ففيه) أي في هذا القبول (روايتان : رواية يصح لأن هذا نفع محض للصغيرة ، لأن الصغيرة تتخلص من عهده بغير مال فصح من الأب كقبول الهبة ، كذا في مبسوط فخر الإسلام ، وفيه نظر . وفي رواية لا يصح لأن هذا القبول بمعنى شرط البيئن ، وذلك مما لا يمتثل النيابة (وكذا إن خالها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر) لوجود الشرط وهو القبول وليس من أهل الغرامة (وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين) في رواية

(قوله وفيه نظر) أقول : لعل وجهه أن النكاح من عوالم التمس على ما تقدم ، فكيف يكون زواله نفعا عتقا ، بل غاية الأمر أن يكون موقفا بالنفع والبرر دائما بينهما . (قوله وذلك مما لا يمتثل النيابة) أقول : فانه من جراه

(وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خسائة استحسانا .
وفي القياس يلزمه الألف ،

الطلاق لوجود الشرط . وعرف من هذا أن الصغيرة العاقلة إذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال . هذا ، ثم قيل تأويل المسئلة أن يخالعهما على مال مثل مهرها ، أما على مهرها فلا يجوز لأن الأب ليس له ولاية إبطال ملكها بمقابلة ما ليس بمقوم ، ولا يعتبر ضمانه ، والأصح أن الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لأن العقد يتناول مثله لاعتينه وضمان الأب إياه صحيح ، ثم ينظر إن كان مهرها ألفا والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خسائة ، وفي القياس يلزمه الألف . وأصله أن الكبيرة إذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خسائة لأنه وجب له عليها ألف بالشرط وهي وجب لها خسائة بالطلاق قبل الدخول فيلتحقان قصاصا بقدره فبقبضها خسائة له . وفي الاستحسان : لا يجب عليها قبل القبض شيء لأن المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خسائة بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع ، هذا على خلاف ما ذكره قاضيهان ، وقد قلنا الأقسام كلها ، وإذا عرفت هذا علمت أن الصواب أن يقول : إذا خلعها على مهرها وهو ألف كما قال على ألف ومهرها ألف فإنه إذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير أنه اتفق أنه مثل المهر ولا أثر لذلك ، والحكم فيه إذا كان قبل الدخول وجب المسمى له سقوط المهر عنه إن لم يكن مقبوضا ، وسلامته لما إن كان مقبوضا لا يرجع عليها بشيء . كما قلنا في التقسيم ، وإذا قد وقع الكلام في خلع الأجنبي فلا بد من ذكر نية منه . وأعلم أن الأجنبي إذا خطلب الزوج فلما أن يضيف البذل إلى نفسه على وجه يقيده ضمانه له أو ملكه إياه أو يرسله أو يضيفه إلى غيره ، فإن أضافه إلى نفسه كذلك بأن قال خلعها على عبدي فلما أو ألقى هذه أو على ألف على أو على أتي ضمان ففعل فالخلع واقع والمسمى عليه ، فإن استحقق لزم قيمته ولا يتوقف على قبوله لأنه إنما يتوقف على من يجب عليه البذل لا من يقع عليه الطلاق ولا على قبوله ، بل يكفي الأمر منه لأن الواحد يتولى طرق الخلع كما في النكاح ، بخلاف ما لو قاله اختلعت نفسك فمضى فقلت فعلت قبل لا يصح بلا قبول الزوج ، واختار أنه يصح إن أراد به التحقيق دون السبوح . فإن قلت : ما الفرق بين تسمية الأجنبي وسيد الأمة المنكوسة لعبدا أو حر فإنه إذا خلعها من الزوج

يصح وفي أخرى لا يصح ، ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفا (وإن ضمن الأب المهر) أي التزم بمعنى إذا خطلع الأب مع الزوج والتزم المهر على ذمته (وهو ألف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ، ويلزمه خسائة استحسانا) لأن فرض المسئلة فيها إذا كانت غير ملموسة وكان المهر ألفا فأضاف الخلع إلى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح ، وبالموجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خسائة فكانه خالعهما على خسائة صريحا (وفي القياس يلزمه الألف) بحكم الضمان . وأعلم أن ضمان الأب بالمهر وهو ألف درهم إذا صح لا يتناول من أحد الأمرين : إما أن تكون مدخولا بها أو لا ، فإن كانت فلها على الزوج جميع المهر والزوج على الأب بحكم الضمان ألف درهم ، وإن لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لأن النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الأب ألف درهم بحكم الضمان في القياس . وأما في الاستحسان فللزواج على الأب خسائة لأن المقصود سلامة الألف وقد حصلت ، إذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول ، والنصف الآخر الذي ترجع به المرأة عليه

(قوله فإن كانت فلها على الزوج ألف) أقول : أي إن كانت مدخولا بها (قوله وإن لم تكن) أي إن لم تكن مدخولا بها .

وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة

على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الأمة حتى يتباع فيه لظهور الدين في حق السيد .
فالجواب أن قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها إلا أن
السيد التزم بخصوص الأول ، فإذا فات عاد إليها وهو ظاهر في حق السيد فتباع فيه إلا أن يقديها . وإذا بيعت
إن كان عليها دين بدئ به لأن دين الخلع أضعف ، أما لو خلعها على رقبته وهي تحت عبد صح ، فلو ضمن
المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لا لزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده ، ولأن القبول إنما يشترط
لوجوب البذل لا لوقوع الطلاق ، وإن أرسله بأن قال على ألف أو على هذا العبد توقف على قبول المرأة لأن البذل
لم يصف إلى أحد ، فإن قبلت لزمها تسليمه أو قيمته إن عجزت ، وإن أضافه إلى غيره بأن قال على عبد فلان
اعتبر قبول فلان لأن البذل أضيف إليه ، وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتى على عبدك لأن العبد
أضيف إليه ، ولو كان الزوج قال لا خالعتك على عبد فلان أو قالت هي اخاعني على دار فلان توقف على قبولها
لأن الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد . ولو قالت اخلعني على ألف على أن فلانا ضامن فأجاب
فخلعت معها لأنها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله . ولو وكلت من يخلعها بألف ففعل فلان عليها دون
الوكيل لأن حقوق العقد في الخلع ترجع إلى من عقد له لا إلى الوكيل ، ولو ضمنه الوكيل لزمه ، وإن أدى يرجع
عليها لأنه يملك الخلع من مال نفسه ، ففائدة أمرها به الرجوع عليها ، بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن فأدى لا يرجع
على الزوج إلا إذا ضمن بأمره . فلان فائدة الأمر جواز النكاح لأنه لا يملك إنكاحه بغير أمره ، والمصلحة عن دم العبد
كالخلع في جميع ما ذكرنا .

[فروع تتعلق بالباب] المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا ، وقد تقدم فيها سلف وبه قالت الظاهرية ، وهو
قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والجبم
وحامد ومكحول وعطاء والثوري . وعند مالك والشافعي وأحمد لا يلحقها ولا يتأولها الطلاق في قوله نسائي طوائف
عندهم . ولو قال لها الكنايات التي يقع بها الرجعي مثل اعتدي استبرئي رحمتك أنت واحدة بنوى الطلاق يقع
عليها طلاقه بآنية عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لحمد رحمه الله . لم ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « المختلعة
لا يلحقها صريح الطلاق وإن كانت في العدة » ويروى عن ابن عباس . ولنا ما رواه أبو يوسف بإسناده في الأمالي
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة » وحديثهم لا أصل له ،
ذكره سبط ابن الجوزي في إرشاد الإنصاف : امرأة - قالت خلعت نفسي منك بألف ثلاث مرات فقال الزوج
رضيت أو أجزت كان ثلاثا بثلاثة آلاف . ولو خلع أمته على رقبته وزوجها عبد أو مبدرا أو مكاتب صح لأنها نصير
ملكها للمولى ، ولو كان حرا لا يصح لأنه لو صح ملكها أى ملكها الزوج به فيبطل النكاح ، ومضى بطل النكاح بطل

فهو يرجع به على الضامن وهو الأب ، ، هذا إذا لم تقبض المهر ، وأما إذا قبضت المهر كاله مهر ف يرجع الزوج
بالتنصف عليها وبالتنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الألف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود
(وأصل هذه المسألة في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيئا (فالقياس أن
يجب عليها خمسمائة) للزوج لأن خمسمائة من مهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزم المرأة الألف ونصبت
الألف سقطت عن ذمتها بطريق المقاصة لأن لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها

زائدة ، وفي الاستحسان لأشياء عليها لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها .

الخلع لكنه يقع طلاق بائن لأنه بطل البذل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر أمتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقية الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على رقيتها وهي الصغرى لأنه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لأن الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا في الصغرى ، لأن الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقيتها فتقسم الصغرى على مهر بهما لأنه جعلها بدلا عن طلاقهما ، فإصاب مهر الكبرى فهو للزوج . وما أصاب الصغرى بقي للمولى ، ولو خلع كلا منهما على رقية الأخرى طلقنا مجانا لأن ملك رقية كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من البذل . امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البذل في حق الوارث فبقى لفظ الخلع فتيين ويزنان بالقرابة ، ولو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف ميراث الزوجية والباقي بينهما نصفان .

[قاعدة في الطلاق على مال] الأصل أنه متى ذكر طلاقين وذكر عقبيهما مالا يكون مقابلا بهما إذ ليس أحدهما بصرف البذل إليه أولى من الآخر إلا إذا وصف الأول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالثاني كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثاني وإن شرط وجوب المال على المرأة حصول البيونة لأنها إنما تلزمه بتكلم نفسها ، فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بألف ، أو قال على أنك طالق غدا بألف ، أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بألف فقبلت تقع واحدة بجمسمائة في الحال وغدا أخرى بغير شيء ، إلا أن يعود ملكه قبله لأنه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة إلى الغد وذكر عقبيهما مالا فأنصرف إليهما ؛ ألا يرى أنه لو ذكر مكان البذل استثناء ينصرف إليهما فيقع اليوم واحدة بجمسمائة ، فإذا جاء غدا تقع أخرى لوجود الوقت المضاف إليه ، ولا يجب شيء لأن شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البيونة ولم تحصل لحصولها بالأولى ، حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بجمسمائة لوجود شرط وجوب المال ، ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائة أو بغير شيء على أنك طالق غدا أخرى بألف يقع في الحال واحدة مجانا وغدا أخرى بألف لتعذر الصرف إليهما لأنه وصف الأولى بما ينافي وجوب المال إلا أن في قوله بائة يشترط الزوج لوجوب المال بالثاني . ولو قال طالق ثلاثا للسنة بألف فقبلت يقع في الطهر الأول واحدة بثلاث الألف وفي الطهر الثاني أخرى مجانا لأنها بانت بالأولى ، ولا يجب بالثانية المال إلا إذا نكحها قبل الطهر الثاني فيحينئذ تقع أخرى بثلاث الألف وفي الطهر الثالث كذلك ، والله سبحانه أعلم .

[فروع] لو خالها ولم يذكر الموضع ذكر شمس الأئمة أنه يبرأ كل من صاحبه . وقال خواهر زاده : هذه إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الصحيح ، فإن لم يكن على الزوج مهر فعليا رد ماساق إليها من المهر

خمسمائة زائدة على الألف تنمياً للألف التي التزمها (وفي الاستحسان لأشياء عليها) لأن مقصود الزوج سقوط كل مهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد على ذلك ، وأما إذا قبضت جميع المهر فعل القياس ترد المرأة الألف وخمسمائة الألف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر للطلاق قبل الدخول . وفي الاستحسان : ترد الألف لأخبر خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول . وقوله (زائدة) بالبحر لأن الصفة تتبع المضاف إليه في الإعراب كما في قوله تعالى - سبع بقرات سبان - كذا في النهاية ، وقال : هكذا أفاد شيخنا مرارا ، والله أعلم .

لأن المال المذكور عرفا بذكر الخلع . وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولها لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومثونة السكنى في قولهم جميعا إلا إذا شرط في الخلع ، نقله في الخلاصة ، وكذا ذكره السعدي : أغنى ردها المهر . وذكر في الوجيز فيها إذا قال اختلعي ولم يذكر البذل فقالت اختلعت عن خواهر زاده أنه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كأنه قال طلق نفسك بائنا فقالت طلقت ، ثم استشكله على ما حكى عنه من ردها ما ساقه إليها من الصداق إذا كان مقبوضا إذ لم يجعل كأنه قال - طلقتك بائنا فهذا مذكور في غير موضع . ذكر في التجنيس : إذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق ، وفرق بينه وبين ما إذا قال اشترى نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بأن قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج ، بخلاف اشترى نفسك لأنه أمر بالخلع الذي هو معاوضة إذا لم يكن البذل مقدرا . فإن قدره بأن قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار . يريد بالرواية الأخرى ما ذكر في غير موضع أنه إذا قال اشترى نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما يقل الزوج بهت ، وكذا الروايتان فيها إذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت . في رواية كتاب الطلاق : لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت ، وفي رواية كتاب الوكالة : يصح وببرأ الزوج عن المهر وهو الأصح . وأما الجواب عن الإشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما إذا لم ينوبه كونه خلعا بغير مال وحل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما إذا نوى به كونه بلا مال ، وهذا لأن مطلق الخلع ينصرف إلى الفقرة بعوض فيحمل عليه إلا بموجب ، فإذا لم يسميا مالا انصرف إلى المهر إلا أن ينوي خلافه ، ويدل على هذا ما في المتن . قال أبو يوسف : إذا قال لها اختلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا إلا على مال إلا أن ينوي بغير مال ، ولا فرق بين خلعتك وخلعتك ، فإذا قال خلعتك ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم إلا إذا تصادقا على عدم النية ، وبما يوجب حله على مجرد الطلاق التصريح بنى المال كما إذا قال اختلعي مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لأنه صرح بنى المال ، نقله عن محمد الفضل والطلاق بائن ، وعلى ما ذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لأجنتي اخلع امرأتك لم يملك خلعا بلا عوض ولم يجعل كقوله طالقها بائنا . ولو قال اختلعي على مال أو بما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت ، فرق بين هذا وبين ما إذا قال الزوج اختلعي نفسك مني بألف والباقي بحاله حيث يتم . والفرق أن التفويض في المسئلة الأولى لم يصح لأن البذل مجهول ، فلو صبح صار الواحد مستزينا مستقصا وهذا مفقود في الثانية ، فلو لم يصح إنما لا يصح لمضادة الحقوق ، وحقوق الخلع لا ترجع إلى الوكيل . إذا قلنا اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه ، أو قلنا أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح . والأصح أنه لا يصح لأن التفويض كالوكيل لا يتم إلا بعلم الوكيل ، والإبراء عن نفقة العدة والمهر وإن كان إسقاطا لكنه إسقاط يحتل النسخ فصار شبه البيع ، والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم . وهذه صورة كثيرا ما تقع قال أبرئني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فورهِ طلقتك وهي منخول بها يقع بائنا لأنه بعوض ، وإذا اختلعت بكل حق لها عليها النفقة مادامت في العدة لأنها لم تكن لها حقا حال الخلع ، فقد ظهر أن تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء ضحيحة وينصرف

إلى القائم لها إذ ذاك ، وبعض الشافعية لا يصحح هذا للجهاالة ، وهذا عندنا عموم لا إجمال . ولو تزوجها على ألف ثم طلقها باتنا ثم تزوجها ثانيا على ألف أخرى ثم اختلعت منه على مهرها لم يبرأ الزوج إلا من الثاني دون المهر الأول . ولو جاء رجل إلى آخر فذكر أنه وكيل لامرأته في خلعتها فخلعها على ألف فأنكرت التوكيل ، فإن كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل ، وإن لم يكن ضمن ، فإن صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال ، وإن لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لأنه ظهر أن الخلع موقوف على قبو لها ، فإن كان الزوج باع منه تطليقة بألف قال الصغار يقع الطلاق ضمن له المهر أولا لأن لفظة الشراء لفظة الضمان ، وقال أبو بكر الإسكافي : هذا والخلع سواء وعليه الفتوى . ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل إليه في أن يطلقها أو يحكمها فقال الزوج لا أسكنها بل أطلقها فقال الرسول أبرأتك من جميع ما عليك فطلقها فأنكرت المرأة الإبراء والرسول يدعيه . فإن ادعى الزوج رسالتها أو وكالتها إياه لذلك وقع وهي على حقها ، وإن لم يدع فإن كان الرسول قال أبرأتك من حقها عليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لأن وقوع الطلاق بالمهر موقوف على إجازتها ، وإن لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها ، وهذه في أمر الحكيم لما كان سبب الخلع المشاققة وجب ذكر أمر الحكيم فيه وهو منصوب عليه في كتاب الله تعالى ، قال الله عز وجل - وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما - ضمير يريدنا للحكيم وضمير بينهما للزوجين ، وقيل للحكيم أيضا ، وقيل للضميرين للزوجين ، والأولى أن يكون الحكمان من أهليهما كما ذكر الله تعالى ، وإنما كان أولى لأنهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك : يشترط كونهما من أهليهما إلا أن لا يوجد من أهليهما من يصلح لذلك . قلنا : المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ، ثم قول الحكيم نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا ، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد ، وهو قول عطاء وقتادة والحسن وأبي ثور . وقال مالك : قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل ، وهو قول الأوزاعي وإسحاق ، وروى عن عثمان وعلى . قلنا : ليس للحاكم أن يطلق ولا يبرئ من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه . وفي أحكام القرآن لارازي عن سعيد بن جبير : يعطى الزوج ، فإن انتهت ولاهجرها ، فإن انتهت ولا ضربها ، فإن انتهت ولا رفع أمرها إلى السلطان فبيعت حكما من أهله وحكما من أهلها ، وأيهما كان أعظم رده إلى السلطان فأخذ فوق يده كالعنين والحبوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما . ولو ادعى التثويز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق ، وليس لهما أن يجعلا ولا أن يفرقا بغير أمرهما ، وما زعم إسماعيل المالكي من أن أباحيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكيم لإخبار بالنفي لعدم العلم ، والأولى بالإنسان حفظ اللسان ، وما قال إن الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمة لقبول قولهما عليهما والحكمان بمضامين أمر الزوجين ، فإذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب إذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما ، وكل ما ورد عن السلف أن فعل الحكيم جائز عليهما فهو معمول على رضاها إذ لم ينصوا على أنه جائز بغير رضا الزوجين ، وهذا لأنه غير جائز لهما أن يطلقا امرأة الغير بغير إذنه ولا أن يدفعا مالا بغير إذن صاحبه ، بخلاف قضاء دينه إذا امتنع منه لأن ذلك إصالح الحق إلى مستحقه ولا

(باب الظهار)

للزواج في مالها ، قال تعالى - لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه ، والحكمان إنما يبتعا للصلح ، وليعلمنا ظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه ، فإذا لم يقبل أعلمنا الحاكم لينبع ظلمه ، فالحكمان شاهدان في حال ومصلحان في حال إذا فوض الأمر إليهما . وقول من قال إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا ، وليس ماروي عن علي رضي الله عنه شاهدا في ذلك .

(باب الظهار)

مناسبتة بالخلع أن كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا ، وقدم الخلع لأنه أكل في باب التحريم إذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقاءه . والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح أن يراد به ممان مختلفة ترجع إلى الظهر معنى وللفظ بحسب اختلاف الأغراض ، فيقال ظاهرت : أي قابلت ظهرك بظهره حقيقة ، وإذا غابته أيضا وإن لم تدبره حقيقة باعتبار أن المفاضة تقتضي هذه المقابلة ، وظاهرته إذا نصرته باعتبار أنه يقال قوى ظهرك إذا نصره ، وظاهر من امرأته وأظهر وتظاهر وأظاهر وظهر وتظهر إذا قال لامراته أنت على كظهر أي ، وظاهر بين ثوبين إذا لبس أحدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهرا للثوب ، وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا ، وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا أيضا ، وإنما عدى بمن مع أنه يعتدى بنفسه لتضمنه معنى التبعية لأنه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل : الظهر هنا مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن فكظهر أي : أي كبطنها بملاقة المجاورة ولأنه عموده ، لكن لا يظهر ماهو الصارف عن الحقيقة من التكاثر . وقيل خص الظهر لأن إتيان المرأة من ظهرها كان حراما ، فإتيان أمه من ظهرها أحرم فكثر التعليل . وفي الشرع : هو تشبيه الزوجة أوجزه منها شائع أو لمعبر به عن الكل بما لا يحل النظر إليه من المحرمة على التأييد ولو برضاع أو صهرية . وزاد في النهاية قيد الانشاق احترازا عما لو قال أنت على كظهر فلانة ، وفلانة أم من زنى بها أو بنتها لم يكن مظاهرا ، وسند ذكر ماهو التحقيق إن شاء الله تعالى . ولا فرق بين كون ذلك العضو الظاهر أو غيره بما لا يحل النظر إليه ، وإنما خص باسم الظهار تغليا للظهور لأنه كان الأصل في استعالمه وشرطه في المرأة كونها زوجة ، وفي الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذي كالصبي والمجنون ، وركنته اللفظ المشتغل على ذلك التشبيه ، وحكمه حرمة الوطء ودواعيه إلى وجود الكفارة . واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع : يجب بالظهار والعدو لأن الظهار كبيرة فلا يصح سبيا للكفارة لأنها عبادة أو المذهب فيها

(باب الظهار)

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في أول كل باب منها ، ويحتاج إلى وجه تقديم الظهار على اللعان . ووجهه أنه أقرب إلى الإباحة من سبب اللعان ، فإن سبب اللعان عند إضافته إلى غير منكوحته يوجب جد القذف ، وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الإباحة . والظهار في اللغة : قول الرجل لامراته أنت على كظهر أي

(باب الظهار)

معنى العبادة ، ولا يكون المحذور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذى هو إمساك فيكون دائرا بين الحظر والإباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة . وقيل سبب وجوبها العود ، والظهار شرط ، ولفظ الآية يحتملها وهى قوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقة - إلى آخره ، فيمكن حل ترتيبها عليهما أو على الأخير ، لكن إذا أمكن البساطة صير إليها لأنها الأصل بالنسبة إلى التركيب ، فلما قال فى المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء ، والظهار شرط وهو بناء على أن المراد من لفظ العود فى الآية العزم على الوطء . واعترض بأن الحكم يتكرر بتكرار سببه لاشترطه ، والكفارة تتكرر بتكرار الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على أنه العزم على إباحة الوطء بناء على إرادة المضاف فى الآية : أى يعودون لضد ما قالوا أو لتداركه نزل القول منزلة المقول . ويرد عليه ما يرد على ما يرد على ما يرد ، وهذا بناء على عدم صحة إرادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود للحديثين اللذين يروونهما فإن ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره ويرد أن مجرد العزم لا ياتر الكفارة عندنا كما نص عليه فى المبسوط . حتى لو أبانها أو مات بعد العزم لا لكفارة عليه قال : فهذا دليل على أنها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود ، إذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم ، فإذا أراد رفعه وجب عليه فى رفعه الكفارة عندنا كما تقول لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليك إن صليتها أن تقدم الرضوء . وعند الشافعى رحمه الله هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها . ورد بأن شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجنابة ، والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الإمساك عن طلاقها جنابة ، وأيضاً فقد يكون الإمساك عن طلاقها ليسعى فى أمر الكفارة وتحصيلها أو للتروى فى طلاقها أو التكفير فلا يكون مجردة بعد الظهار جنابة فلا يتنص سببا للكفارة . وأعلم أن هذه الحرمة لا ترفع إلا بكفارة لا بملك ولا بزواج ثان . حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر أو كانت أمة وملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيها ، وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر ، وعلى القاضى أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس ، فإن أبى ضربه ولا يضرب فى الدين . ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكناية وستأتى . وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت « ظاهر منى زوجى أو من بن الصامت ، فجنحت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يبادلنى فيه ويقول : اتى الله فإنه ابن عمك ، فما برحت حتى نزل القرآن - قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها

وفى اصطلاح الفقهاء : تشبيه المنكحة بالحرمة على سبيل التأييد اتفاقا بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، وإنما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته أنت على كظهر فلانة وهى بأمر المولى بها أو ابنتها فإنه لا يكون مظاهرا ، لأن من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال . وسببه سبب الخلع وهو النشوز ، فإن آية الظهار نزلت فى خولة وكانت ناشرة . وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغاً مسلماً والمرأة من نساها . وركنه قوله لامرأته أنت على

(قوله وإنما قيد بقوله اتفاقا ، إلى قوله : فإنه لا يكون مظاهرا) أقول : فى الثانية خلافه (قوله وسببه سبب الخلع وهو النشوز فإن

آية الظهار الخ) أقول : فإنه بحث فابل ، ثم قوله وهو النشوز بناء على الثالب .

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أى فقد حرمت عليه لا يخل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم - إلى أن قال - فتحرير رقبة من قبل أن يأتيا . والظهار كان حلالا في الجاهلية ، فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ، وهذا لأنه جناية

وتشتكى إلى الله - إلى الغرض ، فقال : يعتق رقبة ، فقلت لا يجزئ ، فقال : يصوم شهرين متتابعين ، قلت : يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام ، قال : فيطعم ستين مسكينا ، قلت : ما عنده شيء يتصدق به ، قال : فإني ماعينه بعرق من تمر ، قلت : يا رسول الله وإني سأعينه بعرق آخر ، قال : قد أحسنت ، قال : فاذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكينا وارجمي إلى ابن عمك ، قال : والعرق ستون صاعا . - رواه أبو داود . وقيل هو ميكال يسم ثلاثين صاعا ، قال أبو داود : وهذا أصح ، وفي الحديث ألفاظ أخرى ، ورواه ابن ماجه وغيره قوله وإذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أى فقد حرمت عليه) وعند محمد للمظاهر أن يقبلها إذا قدم من سفر للشفقة ، وكذا إذا قال أنت منى كظهر أى أو أنت عندى أو معى ، وكذا إذا قال أنا منك مظاهر وقد ظهرت منك ، ومنى . أحق لفظ المشيئة لا يثبت ، فلو قال أنت على كظهر أى إن شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ، ولو قال إن شاء فلان فالمشيئة إليه (قوله وهذا) أى ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة (لأنه) أى الظهار (جنائية) . كبيرة محضة

كظهر أى أو ما قام مقامه . وحكمه حرمة الوطء والنواصي مع بقاء أصل الملك إلى غاية الكفارة (وإذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أى فقد حرمت عليه لا يخل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يأتيا . والظهار كان حلالا في الجاهلية ، فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح) وبيان ذلك أن أحدهم في الجاهلية كان إذا أراد أن يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ، ثم نظروا فلم يجدوا موضعا أحسن في الذكر ولا أسوأ من الظهر مع إصابة المعنى الذي أرادوه فاستعملوه دون غيره . ثم إن خولة بنت ثعلبة قالت : كنت تحت أبوس بن الصامت وقد ساء خلقه فكبر سته ، فراجته في بعض ما أمرني به فقال : أنت على كظهر أى ، ثم خرج فجلس في نادى قومه ثم رجع إلى فراودني عن نفسي ، فقلت والذى نفس خولة بيده لاتصل إلى وقد قلت ما قلت حتى يقضى الله ورسوله في ذلك ، فوقع على فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير ، وعرجت إلى بعض جيرانى فأخطلت ليأيا فلبسها وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك ، فجعل يقول لى : زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى إليه ، فجعلت أشبكي إلى الله ما أرى من سوء خلقه فتشقى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سرى عنه قال : أنزل الله فيك وفي زوجك بيانا ، وتلا قوله تعالى - قد سمع الله قول ابني عبدك في زوجها وتشتكى إلى الله - إلى آخر آيات الظهار ، ثم قال : مريه فليعتق رقبة ، فقلت : لا يجزئ ذلك يا رسول الله ، ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين ، فقلت : هو شيخ كبير لا يطيق الصوم ، فقال : مريه فيطعم ستين مسكينا فقلت : ما عنده شيء يا رسول الله ، فقال : إنا سنعينه بعرق ، فقلت : وأنا أعينه بعرق أيضا ، فقال : افعل واستوصي به خيرا ، وقال علماؤنا : المراد من العود هو العزم على الجماع الذى هو إمساك بالمعروف . وقال الشافعى : المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار (قوله وهذا) إشارة إلى نقل حكم الظهار من الطلاق إلى التحريم الموقت بالكفارة ، وبيانه أن الظهار جنائية لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى - وأنهم ليقولون

لكونه منكرا من القول وزورا فيتناسب المجازاة عليها بالحرمة ، وارتفاعها بالكفارة . ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما في الإحرام ، بخلاف الحائض والصائم لأنه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعى يفضى إلى الحرج ولا كذلك الظهار والإحرام

(لكونه منكرا من القول وزورا) بالنص فيتناسب المجازاة على هذه الجنابة بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة (قوله ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه) تفيد هذه العبارة أن هذا هو الأصل إذ طريق المحرم محرم ، وعلى هذا استمر في الاستبراء والإحرام والاعتكاف ، وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيفض ، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل إحدى نسائه وهو صائم . وفي حديث عائشة رضى الله عنها « كان يأمرني أن أتزر فيأشرفني وأنا حائض » فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الأمور لينظر هل الظهار هل يماقتضى الفرق تحريم الدواعى فيه كما قلنا نحن ومالك ، وهو قول الزهرى والأوزاعى والنخعى وقول الشافعى ورواية عن أحمد ، لأن حرمة الوطء نصا بقوله تعالى - من قبل أن يتاسا - وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره ، أو تحليلها كما قال الشافعى وأحمد في قولهما الآخر فنظرنا فقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعى في الصوم والحيفض لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعى ، وعن كثرة وقوع الضدين الظاهرين في كثرة وجود الجماع يفتى لزوم شرع الزاجر المبالغ فلا يحرم الدواعى بخلاف الظهار والاستبراء والإحرام لا تكثر بالنسبة إلى كل شخص فاستمر على الأصل ، وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعى فيه لا في الصوم بأن الجماع يحظر الاعتكاف والإحرام ، بخلاف الصوم لأن الكف عنه ركنه فلا يتعلق بالدواعى ، وقرر بما حصله أن الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن الأمر ، والتحريم الثابت بالنهى لما كان الثانى أقوى بسبب أن النهى تناول مقصودا فتعدى إلى الدواعى ، بخلاف الثابت في ضمن الأمر فإنه لم يتعلق به نهى أصلا بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتأديته إلى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يمتد إلى دواعيه . فافترق الحال بينهما وبين الاستبراء والإحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهى ، قال تعالى - ولا تبشروهن وأنهم عاكفون في المساجد - ولا رفث ولا فسوق - نرى مستعار للنهى

منكرا من القول وزورا - والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع ، والزور هو الكذب والباطل ، والجنابة تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة (ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما في الإحرام) وقال الشافعى : لا تحرم الدواعى لأن التحريم عرف بقوله تعالى - من قبل أن يتاسا - والتماس في القرآن كناية عن الجماع . وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة في المس باليد والكلام للمحبة حتى يقوم دليل المجاز (بخلاف الحائض والصائم) حيث لا تحرم الدواعى فيها (لأنه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعى أفضى إلى الحرج ، ولا كذلك الظهار والإحرام) وسيأتى في كتاب الكراهية . فإن قيل : لما كثر وجودهما كان أدعى إلى شرع الزاجر من الظهار ، فلم انعكس الأمر . أجيب بأن أوقات الحيفض والصوم وإن كان كثيرا لكن أوقات الطهر والإفطار أكثر ، فلما كثر أوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة في الجماع فلا يليق فيه إيجاب الزاجر

(قوله وقال الشافعى : لا تحرم الدواعى) أقول : أى في قول (قوله وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة في المس باليد) أقول : الأولى ترك قوله باليد ، فإن المس لا يقتضى بها فيكون عاما لجميع من التمييز وغيره .

(فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ولا يعود حتى يكفر) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر» ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه. قال: وهذا اللفظ لا يكون إلا ظهارا لأنه صريح فيه (ولو نوى به الطلاق لا يصح)

لتأكيد. وقال صلى الله عليه وسلم «ألا لاتكح الحبالى حتى يضعن» ولا الحبالى حتى يستبرثن بحبضة» وقال تعالى في الأخيرين - فاعتزلوا النساء في الحيض - ثم أتموا الصيام - ولما كان هذا يقتضى عدم حرمة الدواعى لأن المذكور في الآية الأمر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى - فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا - فإنه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتقويته المأمور به فهو كفارة قبل التماس مع أنه يقتضى حرمة الدواعى في الحيض لأن اعتزلوا هو نفس معنى التهي حتى أنهم لم يمتثلوا انتهى عن البيع وقت النداء لا بقوله تعالى - وذروا البيع - ولم يسموه إلا منيا عنه وهو صحيح لأن التهي لنفس طلب الترك عدل إلى ما ذكر ، والتحقق أن الدواعى منصوب على منعها في الظهار ، والمذكور في وجه الفرق إنما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكر ، أما كونها منصوبا على منعها فإن قوله تعالى - من قبل أن يتأسا - لا موجب فيه للحمل على المجاز لإمكان الحقيقة، ويحرم الجماع لأنه من أفراد التماس ، فكل من القبلة والمس والجماع أفراد التماس فيحرم الكل بالنس ، وظهر فساد قول الخالف ، والله سبحانه أعلم (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس رضى الله عنهما «أن رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما حلك على هذا ؟ قال : رأيت خلخالها في ضوء القمر ، وفي لفظ : بياض ساقيها ، قال : فاعتزلها حتى تكفر» ولفظ ابن ماجه «فصاحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن لا يقربها حتى يكفر» قال الترمذى : حديث حسن صحيح غريب . ونرى كون هذا الحديث صحيحا رده المنزلى في مختصره بأنه صحيح الترمذى ورجالته ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض . وروى الترمذى عن ابن إسحاق إلى آخر السند عن سلمة بن مضر البياضى عن النبی صلى الله عليه وسلم «في المظاهر يواقع قبل أن يكفر» قال : كفارة واحدة» وقال : حديث حسن غريب . وأما ذكر الاستغفار في الحديث فأنه أعلم به ، وهو في الموطأ من قول مالك ، ولفظه : قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسه قبل أن يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ، ثم قال : وذلك أحسن ما سمعت (قوله فلو كان شيء آخر واجب لنبه عليه) لأنه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فعلم أن المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقيصة وسعيد بن جبيرة والزهرى وقتادة ، ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصرى والنخعي (قوله وهذا اللفظ) أى قوله أنت على كظهر أمى (لا يكون إلا ظهارا وإن نوى به الطلاق) أو الإيلاء أو قال لم أنو شيئا لأنه صريح فيه ، وإنما إليه اتباع المشروع لا تغييره ، وهذا يعم ما قلنا ، وما في الكتاب ينحصر قصد

لأن إيجاب الزاجر لمنع وجود الجماع ، وبفتور الرغبة كان ممتعا فلا يحتاج إلى إيجاب الزاجر (فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى) أى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ، ولا يعود الوطء حتى يكفر ، لما روى «أن سلمة بن مضر البياضى» قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ظهرت من امرأتى ثم أبصرت خلخالها في ليلة قمرها فواقعها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفرك ولا تعد حتى تكفر» ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله (ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه . قال : وهذا اللفظ) هذا إشارة إلى قوله أنت على كظهر أمى : يعنى هذا اللفظ لا يثبت به إلا الظهار ، فلو نوى الطلاق أو الإيلاء أو قال لم أنو شيئا

لأنه منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به (وإذا قال أنت على كيطن أى أو كضمخها أو كفرجها فهو مظاهر) لأن المظهر ليس إلا تشبيه المحللة بالحرمة ، وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه (وكلنا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأييد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة)

الطلاق . ولو قال أردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، كذا في التحفة . ولو قبل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفي صفة إرادته به احتاج إلى الجواب ويصلح ما تقدم من قوله وإنما إليه اتباع المشروع لانتغيره أن يكون جوابا وهو كلفظ أنت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على مخاطبة ، ويصح أن يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة) قوله ليس إلا تشبيه المحللة بالحرمة (اللام فيما للمهد : أى المحللة بعقد النكاح بالحرمة على التأييد لأنها المهورتان فيما سبق من ذكرها (قوله وهذا المعنى) يعنى تشبيه المحللة بالحرمة (يتحقق في التشبيه بعضو لا يحل النظر إليه) على التأييد لما كان المظهر كلاما تشبيها مشتملا على المشبه والمشب به واجب إعطاء ضابطهما ، ففي المشبه أن تذكر هي أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن مجملها كالرأس والرقبة والفرج والوجه ، وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثالث في الأول ، وفي المشبه بها أن تذكر هي أو عضو منها لا يحل النظر إليه على التأييد إلا أن مع ذكرها ينزى كما سياتى . إذا عرفت هذا فعبارة : أعنى قوله وكلنا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها إلى قوله مثل أخته وعمته وأمه من الرضاع ليست جيدة لأن ظاهرها حرمة النظر إلى هؤلاء من الرضاعة ، وإنما المعنى إذا شبهها بجزء لا يحل النظر إليه ، فلو قال أنت على " أو رأسك أو وجهك أو رقبته أو فرجك أو نصفك أو ثديك أو سديك كظهر أى أو خالي أو أم زوجتى أو كفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتيها كان مظاهرا ، ولو قال يدك أو رجلك أو شرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أى أو فرجها إلى آخر ما ذكرنا لم يكن مظاهرا لانتفائه من جهة المشبه ، ولو قال أنت على " أو رأسك إلى آخر ما قلنا كيد أى أو جنبها الخ لم يكن مظاهرا لانتفائه من جهة المشبه بها لأن هذه الأشياء مما يجوز النظر إليها ومسها بغير شهوة ، وكلنا لو قال يدك أو رجلك الخ على " كيدها أو كرجلها الخ لم يكن مظاهرا لانتفائه من الجهتين ، وإذا أحكمت ملاحظة الأصلين

يكون مظاهرا (لأنه) أى كونه طلاقا (منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به) لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس لأبعد ذلك (ولو قال أنت على " كيطن أى أو كضمخها أو كفرجها فهو مظاهر لأن المظهر ليس إلا تشبيه المحللة بالحرمة (اللام في المحللة والحرمة للمهد : أى المحللة نكاحا لا يملك الحيين بالحرمة تأييدا لا توقينا (وهذا المعنى) أى التشبيه (يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه) كالأعضاء المذكورة ، بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لأنه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها . وقوله (وكلنا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها) ظاهر

(قوله لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع) أقول : وعلم كونه ليلاء يعلم من قوله لأن فيه تغيير موضوع الشرع (قال المصنف وكلنا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر) أقول : يقال أين المصام : مقتضى العبارة أن لا يحل النظر إلى أخته وغيرها وليس كذلك ، وإنما المعنى بجزء لا يحل النظر إليه أه فاسم عمل من معنى ما ، ومن في من محارمه للنجس . قال الإيتاني : أى إذا شبه امرأته بمن لا يحل للرجل النظر إلى هذه الأشياء الظاهر والبطن والفرج والفتحة على التأييد من سائر الممارم . قل هذا بخلاف الصلة عن نعماته ، إلا أن يقال المصاف مقدور : أى لا يحل النظر إلى أعضائها الموهومة (قال المصنف على التأييد) أقول : قال تاج القريعة استمر به عن المصلحة ثلاثا ، وكذلك كل من كانت خللا ثم حرمت عليه مثل أم امرته أه ، لكن إذا شبهها بها يكون مظاهرا .

لأنهن في التحريم المؤبد كالآم (وكذلك إذا قال رأسك على كظهر أى أو فرجك أو وجهك أو رقبته أو نصفك أو ثلثك أو بدئك) لأنه يعبر بها عن جميع البدن . وثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

أخرجت فروعا كثيرة عن تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج أى فرجك كفضد أى يكون ظهرا بطنك كفرجها لا يكون ظهرا . ووجه الاعتبار في المشبهة بكون العضو ما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه في الطلاق لأن الحرمة هنا كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك ، وفي المشبه بها بكون العضو مما لا يحل النظر إليه من الحرمة ما ذكره بقوله لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحلة الخ وقد تمنناه في أول هذا البحث (قوله لأنهن) أى أخته وعمته وأمه من الرضاع في التحريم المؤبد كالآم ، بخلاف قوله أنت على كظهر عمك أو أختك لأن حرمتها ليست على التأييد بل مؤقتة بانقطاع عصمتها لها . ثم المراد تأييد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله فإن المحسوبة حرمة على التأييد . ولو قال كظهر محسوبة لا يكون ظهرا ذكره في الجوامع لأن التأييد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز إسلامها ، بخلاف الأمية والأختية وغيرهما . لا يقال : يرد على اشتراط تأييد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لأخرى أنت على مثل هذه يتوى الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد التكفير مع أن المظاهر منها ليست محرمة على التأييد لأن ثبوت الظهار في هذه إنما هو باعتبار تضمن قوله لما أنت على كظهر أى لأن تشبيهها بمن قال لها ذلك إنما هو في ذلك ، فالظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها ، وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال أنت على مثل فلانة يتوى ذلك صبح ولو كان بعد موتها . وفي التحفة : لو شبه بامرأة محرمة عليه في الحال وهى ممن تحمل له في حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأة لها زوج أو محسوبة أو مرتدة لم يكن مظاهرا لأن النص ورد في الأم وهى محرمة على التأييد ، وقد علمت أن هذه كتابات فلا تكون ظهرا ولا إيلاء إلا بالنية . وبعد اشتراط تأييد الحرمة هل يشترط الإجماع عليها ؟ شرطه في النهاية لتخرج أم الزنى بها وبنتها لأنه لو شبهها بها لم يكن مظاهرا وعزاه إلى شرح الطحاوى ، لكن الخلاف منقول في هذه ، فنهى من قال عند أبي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بإحلاله عند محمد ينفذ خلافا لأبي يوسف . ومنهم من قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه ، فظهر مما قلنا أن مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها أولا ، بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أو لا ، وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الإجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وإن كانت المعارضة ثابتة في الواقع ، ولهذا يخالف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه ، ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال : لو قبّل امرأة أو لمسها بشهوة ثم شبه امرأته ببنتها لا يكون مظاهرا عند أبي حنيفة ، ولا يشبه هذا الوطء لأن حرمة متصووص عليها وحرمة الدواعى غير منصووص عليها . وفي الدراية : في كظهر أختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع أنها محرمة على التأييد ، كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد

(وإن قال رأسك على كظهر أى أو فرجك أو وجهك أو رقبته كأن مظاهرا) لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المرأة كشبيه ذات المرأة (ولو قال نصفك أو ثلثك أو ربعك كظهر أى كان مظاهرا لأن الحكم يثبت في ذلك الجزء أولا ثم يسرى إلى سائر البدن كما بيناه في الطلاق)

(ولو قال أنت على مثل أي أو كأي يرجع إلى نيته) لينكشف حكمه (فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال) لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) لأنه تشبيه بجميعة، وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى التنية (وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكانه قال أنت على حرام ونوى الطلاق، وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاجتماع الحمل على الكرامة. وقال محمد يكون ظهاراً لأن التشبيه بعضومها لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعة أولى. وإن عني به التحريم لا غير؛ فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين.

فيها مع أن في حرمها عموم نص «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وقوله صلى الله عليه وسلم «يلج عليك أفلح فإنه علك من الرضاة» لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع. والثاني إنما يفيد ثبوت أختية بنت الفعل من غير التي أرضعته بالانضمام، ومثله ما رأيت لو شبهها بأمهات الملائع منها لم يكن مظاهراً من غير ذكر خلاف مع أن أبا يوسف يرى تأيد حرمها لتسويغ الاجتهاد. أما إن أراد من أرضعها نفس الفعل بأن نزل له ابن فلا إشكال، لكنه بعيد من عاداتهم في إطلاقه، ولأنه لا أختية هناك أصلاً. ومما يشكل ما ذكره في الدراية أيضاً نقلاً عن شرح القندوري رحمه الله: زنى أبوه بأمهات فشبها بأمها أو ابنتها يصير مظاهراً عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له. وعند محمد لا يصير مظاهراً وينفذ حكم الحاكم، وهذا مشكل لأن غاية أم مزنية الأب والابن أن تكون كأم زوجة الأب والابن، ولا تحرم أم زوجة الأب على الابن ولا أم زوجة الابن على الأب، فليس التشبيه هنا بمحرم، ولو شبه بظهر أبيه أو قريبه أو يظهر أجنبي لم يكن مظاهراً، ولو شبها بفرج أبيه أو قريبه قال في المحيط: ينبغي أن يكون مظاهراً لأن فرجها في الحرمة كفرج أمه. وفي كافى الحاكم رحمه الله: المرأة لا تكون مظهارة من زوجها من غير ذكر خلاف. وفي البداية: لو قالت هي أنت على كظهر أبي أو أنا عليك كظهر أمك لا يصح الظهار عندنا. وفي المبسوط عن أبي يوسف: عليها كفارة يمين. وقال الحسن بن زياد: هو ظهار: وقال محمد: ليس بشيء وهو الصحيح. وفي شرح المختار حكى خلاف أبي يوسف، والحسن على العكس، وكذا في غيره. وفي النبايع والروضة كالأول قال: هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن، ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهراً منها (قوله ولو قال أنت على مثل أي) هنا ألفاظ أنت أي مثل أي كأي حرام كظهر أي، ففي أنت أي لا يكون مظاهراً وينبغي أن

(ولو قال أنت على مثل أي أو كأي احتمل وجوها فيرجع إلى نيته لينكشف ذلك؛ وكلامه ظاهر. وقوله (وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة وحده، وعن أبي يوسف فيه روايتان: إحداهما كقول محمد لأنه قال في الأمالي: إذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار. وعنه أنه قال إيلاء لأن الأم محرمة عليه بالنص، قال الله تعالى: حرمت عليكم أمهاتكم. وكان قوله أنت على كأي بمنزلة قوله أنت على حرام، وقد بينا في هذا اللفظ أنه إذا لم ينوشنا ثبت أقل الوجوه وهو الإيلاء. وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف على ما ذكره في الكتاب أن كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحتمل عليه إلى أن يبين خلافه بالنية والقرص علمها. وجه قول محمد أن التشبيه بعضومها لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعة أولى. وإن عني به التحريم لا غير؛ فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين)

قال المصنف (فالتشبيه بجميعة أول) أقول: فيه بحث، فإن في الجمع ما يعل النظر إليه كالوجه وغيره.

وعند محمد ظاهر لأن كاف التشبيه مختص به (ولو قال أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على مانوى) لأنه يحتمل الوجهين . الظاهر لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وإن لم تكن له نية ، فعلى قول أبي يوسف إيلاء ، وعلى قول محمد ظاهر ،

يكون مكروها ، فقد صرحوا بأن قوله لزوجته يا أخيتي مكروه . وفي حديث رواه أبو داود عن أبي تيمية « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مع رجلا يقول لامرأته يا أخيتي فكره ذلك ونهى عنه » ونحن نعقل أن معنى النهي هو أنه قريب من لفظ تشبيه المحلة بالحرمة الذي هو ظهار ، ولولا هذا الحديث لأمكن أن يقال هو ظهار لأن التشبيه في قوله أنت أمي أقوى منه مع ذكر الأداة ، ولفظ أخيتي في يا أخيتي استعارة بلاشك وهي مبنية على التشبيه ، لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه ، فعلم أنه لا بد في كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ، ومثله أن يقول لها يابنتي أو يا أختي ونحوه ، وفي مثل أمي أو كأمي ينوى ، فإن نوى الطلاق وقع بالتاكيد أنه أنت على حرام ، وإن نوى الكراهة والظهار فكما نوى كما في الكتابات . وأفاد أنه كناية في الظهار ، فعلم أن صريحه يكون التشبيه بعضو ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء عندهما ، وهو ظهار عند محمد رحمه الله . وجه قوله أن المعنى الشرعي لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه ببعض في ضمن الكل غير أنه عدل عنه فيما إذا كان له نية شيء يصح إرادته من اللفظ إلى ذلك المنزى تصحيحا لإرادته ، وجعل على بمعنى عندي في الكرامة ، وذلك أن المعيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كأمي ، فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبيه في نفسه . ولهما أن ينمنا كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل بل إذا كان التشبيه به ابتداء ، ففيا إذا كان التشبيه بكلها يبق مجعلا في حق جهة التشبيه ، لما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ، ولا يجوز إلزام المسلم المعصية من غير قصد إليها ولا لفظ صريح فيها ، وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه ، وإن نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما وكلا غيره ، فعند محمد ظاهر لأنه بكاف التشبيه : أمي أداته فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا أنه حقيقة . وقد نوى ما لا ينافيه فإن الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوى في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام . وعند أبي يوسف إيلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى به المنوى وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الإيلاء

فإن الحرمة الثابتة بالإيلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار ، إذ حرمة الإيلاء لغيرها وهو هنك حرمة اسم الله تعالى ، وحرمة الظهار لغيرها وهو أنه منكر من القول وزور ، ولأن الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع إلا بالكفارة ، والثابتة بالإيلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النجاة وغيرها (وعند محمد ظاهر لأن كاف التشبيه يختص به . ولو قال أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على مانوى لأنه يحتمل الوجهين) فحسب ، لأنه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الأولى ووجهها ظاهر (وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف إيلاء ، وعلى قول محمد ظاهر ،

(قال المصنف لأن كاف التشبيه) أقول : أمي أداته ، فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد (قال المصنف يختص به) أقول : المراد كثر استعماله فيه فلا يرد شيء .

والوجهان بينهما (وإن قال أنت على حرام كظهر أى ونوى به طلاقاً أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً عند أى حنيفة ، وقالوا : هو على مانوى) لأن التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا ، غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً ، وعند أبى يوسف يكونان جميعاً

ولأن الإيلاء أدنى الحرمين من حيث السبب والحكم وأمر آخر ، أما السبب وهو الظهار نفسه فكبيرة محضة ، والإيلاء فى نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترب به ، وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الإطعام بستين مسكيناً أو صيام ستين يوماً ، والأمر الآخر هو أن حرمتها فى الإيلاء لا تثبت فى الحال فإنه وإن حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ، ولو طلقها ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر عادت بلا إيلاء فى حق وقوع الطلاق بمضى المدة بل فى حق لزوم الكفارة إذا وطئ وكان الإيلاء مؤبداً ، وفى الظهار يثبت فى الحال ثم يتعدى إلى الدوامى ثم لا يعمل منها شيء آخر حتى يكفر أولاً ، ولو طلقها ثلاثاً والباقي بحاله تعود بالظهار ولا تحمل مالم يكفر ، وكذا لو ملكها بأن كانت أمة فاشترأها وانفسخ العقد لا تحمل مالم يكفر ، ومنهم من قال : الأصح أنه يحتل ظهاراً عند الكل لأنه محرم مؤكد بالتشبيه ، وفيه نظر لأن هذا إنما ينطبق على قوله أنت على حرام كأمى ، وليس الكلام فيه بل فى مجرد أنت كأمى . وفى أنت على حرام كأمى فإنما له محتملان الطلاق والظهار لا البر لتصرّحه بالحرمه ، فأيهما أراد ثبت ، فإن لم تكن له نية فعلى قول أبى يوسف إيلاء على قول محمد ظهار ، وههنا يتجه المذكور آنفاً عن قاضيه بأن ينفى أن لا يختلف فى كونه ظهاراً لأنه محرم مؤكد بالتشبيه (قوله والوجهان بينهما) يعنى فيما قبلها : يعنى قوله من جهة أبى يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمين ، ومن جهة محمد ما ذكرنا . وفى أنت على حرام كظهر أى تخلاف ، فعنده لا يكون إلا ظهاراً سواء نوى طلاقاً أو إيلاء أو لم ينو شيئاً (وقالوا : هو على مانوى) ظهاراً أو طلاقاً أو إيلاء ، وإن لم تكن له نية فظهار (لأن التحريم يحتمل كل ذلك) فإن نوى الطلاق أو الإيلاء يكون قوله بعده كظهر أى تأكيداً له لا مغيراً (غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً) معه لأنه يقع بائناً بأنث حرام ، ولا يمكن إثبات الظهار بعده بكظهر أى (وعند أبى يوسف يكونان) فقيل لا بلفظ حرام إذ لا يراد باللفظ الواحد معنيين مختلفان بل كل لفظ ، وهذه رواية عنه فى حصة الظهار من المبانة . وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لأنه صريح فيه والطلاق باعتباره بنتيه ، كما إذا قال من له امرأة معروفة بزنب زينب طالق ثم قال عنيت الأخرى يقع عليهما فى الأخرى باعتباره وفى المعروفة بصريح اللفظ فى القضاء فإنه لا يصدق فيه فى صرف التية عنها لأنه خلاف الظاهر ، وهذا يقتضى أن وقوع الطلاق والظهار فيما إذا قال عنيت الطلاق عنده إنما هو فى القضاء ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع

والوجهان بينهما (يعنى قوله ليكون الثابت أدنى الحرمين ، وقوله لأن كاف التشبيه يختص به (وإن قال أنت على حرام كظهر أى ونوى طلاقاً أو إيلاء لا يكون إلا ظهاراً عند أى حنيفة) وكذا إذا لم ينو شيئاً كذا فى المبسوط (وقالوا : هو على مانوى) إن نوى ظهاراً فظهار ، وإن نوى طلاقاً فطلاق ، وإن نوى إيلاء فإيلاء ، كذا ذكره الصنبر الشهيد والإمام العتائى فى شرحيهما للجامع الصغير (لأن التحريم محتمل) ونية التحميل صحيحة غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً ، وعند أبى يوسف يكونان جميعاً) يعنى يقع الطلاق بنتيه ويكون مظاهراً بالتصريح بالظهار ، ولا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره فقضاء فضاء بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم وقال لى امرأة أخرى ولهاها عنيت يقع الطلاق على تلك بنتيه وعلى هذه المعروفة بالظهار .

وقد عرف في موضعه . ولأن حنيفة أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ، ثم هو محكم فبإدخال التحريم إليه : قال (ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى : من نسائهم - ولأن الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالنكحة ، ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة

مانوى . وفي شرح الكثر : ولو نوى الإيلاء ينبغي أن يكون إيلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التناقض (قوله وقد عرف في موضعه) يعني المبسوط . ولأن حنيفة أنه : أى لفظ كظهر أى صريح في الظهار محكم فيه ، ولفظ حرام محتمل فبإدخاله إليه إذا قرن معه (قوله حتى لو ظاهر من أمته) موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح ، وهو مذهب الشافعي وأحمد وجميع كثير من الصحابة والتابعين ، خلافا لمالك والثوري في الأمة مطلقا ، ولعبد بن جبيرة وعكرمة وطاوس وقنادق الزهرى في الموطوءة . لنا أن النص يتناول نساءنا بقوله تعالى : من نسائهم - والأمة وإن صح إطلاق لفظ نساءنا عليها لغة لكن صحة الإطلاق لا تستلزم الحقيقة ، لأن حقيقة إضافة النساء إلى رجل أو رجال إنما تتحقق مع الزوجات لأنه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه ، وحرمة بنت الأمة الموطوءة ليس لأن أمها من نساءنا مرادة بالنص بل لأنها بنت موطوءة وطأ حللا عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا ، على أنه لو أريد بالنساء هناك ماتصحب به الإضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات ، والمجازي : أخصي الإمام بعموم المجاز لا يمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الإمام كنيته في الزوجات ، أما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضا ليثبت بطريق الدلالة ، لأن الإمام لسن في معنى الزوجات ، لأن الحل تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يثبت مع عدمه في الأمة المحوسبة والمواضعة ، بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ، ولأن القياس أن لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذب سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لاحق في الاستمتاع ولا حق للأمة فيه فيبقى أحقها على أصل القياس ، ولأن الظهار كان طلاقا

وضمعه شمس الأئمة السرخسي بأن الطلاق إن وقع بقوله أنت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بان ، والظهار بعد البيئونة لا يصح ، وإن قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله أنت على حرام . قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين . وأجاب الإمام ظهير الدين عن هذا فقال : يصح ظهار المبانة على قوله ، وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وأن هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم تكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في إبطال حكم الظهار ويصدق في إرادة الطلاق لاعتراؤه به . وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني مبسوط شمس الأئمة (ولأن حنيفة : أن قوله أنت على كظهر أى صريح في الظهار) ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه إلى التنية (فلا يحتمل غيره من الطلاق) والإيلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير ، وقوله أنت على حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر (فبإدخال التحريم إليه) أى إلى الظهار كما هو الأصل في رد المحتمل على الحكم . قال (ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى : والذين يظاهرون من نسائهم - ولأن الحل في المملوكة تابع (بدليل أنه لو اشترى أمة فوجدها محمية عليه برضاع أو مضاهرة لم يثبت للمشترى ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الأمة في معنى المنكحة حتى تلحق بها (ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة) وعروض بأن الأمة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون محلا ابتداء : كما لو ظاهر من امرأته وهى أمة ثم اشترىها فإنه يبقى حكم الظهار ، وما يرجع إلى الحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمية في النكاح . وبإيجاب أن بقاء الظهار فيها ذكرت ليس باعتبار أنها محل الظهار بقاء ، وإنما هو باعتبار أن حرمة الظهار إذا صادفت الحل

(قوله فلا ابتداء والبقاء فيه سواء) أقول : فيه بحث ، فم كل ما يكون محلا لحكم ابتداء يكون محلا له بقاء ، وأما كونه فغير مسلم ، وما ذكره

(فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول ، والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف ، بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أى كان مظاهرا منهن جميعا) لأنه أضاف الظهار للين فصار كما إذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعدد ما ، بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم .

فنقل عنه إلى تحريم معيا بالكفارة ولا طلاق في الأمة ، وليس هذا الوجه بشيء للمتأمل (قوله لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف) والتشبيه إنما انعقد سببا للتحريم المغيا حين كان كذبا محضا فلا يتوقف . بقى أن يقال فليتوقف على الإجازة كما يتوقف نكاحها على الإجازة ، فإن أجازت ظهر أنه كان التشبيه الممتنع . أجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه ، لأن عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا ، بخلاف الحق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الإجازة ، بخلاف إعتاق المشتري العبد من غاصب العبد ، لأن الإعتاق حق من حقوق الملك : يعنى يثبت بالملك حتى أن يعتق إذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه ، وإن كان لوقاله لزمه حكمه ، فإذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق (قوله ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أى كان مظاهرا منهن جميعا) بلا خلاف (لأنه أضاف الظهار للين فكان كإضافة الطلاق للين يطلق جميعا ، وإنما الخلاف في تعدد الكفارة ، فعتدنا وعند الشافعي تتعدد بتعدد من : أى كل من أراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة ، وبه قال الحسن والنخعي والزهري والثوري وغيرهم ، وقال مالك وأحمد : كفارة بمين واحدة ، وروى ذلك عن عمرو بن علقمة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الإيلاء .

لا تزول إلا بالكفارة ، وههنا قد صادفت محلا فتنبى إلى أن توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق ، فإنها إذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب ما لم تزوج بزواج آخر (فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف) لكونها محرمة قبل إجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحلة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكرا من القول . وقوله (والظهار ليس بحق من حقوقه) أى حقوق النكاح جواب سؤال ، تقريره الظهار مبنى على الملك والمملك موقوف فينبغى أن يكون الظهار موقوفا على الإجازة يوقف إعتاق المشتري من الغاصب على إجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب . وتقدير الجواب أن الظهار ليس من حقوق النكاح ولو أزمه فلا يلزم من توقف النكاح على الإجازة توقف الظهار عليها ، والدليل على أنه ليس من حقوقه أن النكاح أمر مشروع ، والظهار ليس بمشروع لأنه منكرا من القول ، وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع (بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب ، لأنه) أى الإعتاق (من حقوق الملك) لكونه منيا للملك ومتمما له (ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أى كان مظاهرا منهن جميعا) وكلامه فيه واضح . وقوله (بخلاف الإيلاء منهن) يعنى أن يقول لمن والله لا أقربكن ، فإنه إذا لم يقربن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعا ، وإن قرب الكل قبل مضى المدة يجب عليه كفارة واحدة لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم .

عن حديث الحرمة لا ينفك (قوله لا تزول إلا بالكفارة الخ) أنوك : وهل معنى عليه الظهار بقاء إلا هذا .

(فصل في الكفارة)

قلنا الكفارة لوضع الحزمة وهي متعددة بتعدد ذنوبهم، وكفارة اليمين فلكل حزمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره، بخلاف ما لوكرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر في مجلس أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدد إلا إن نوى بما بعد الأول الأول تأكيداً فيصدق قضاء فيها لا كما قيل في المجلس لا المجالس، بخلاف الطلاق لأن حكم الظهار فيها بينه وبين الله تعالى. وأورد: لما ثبت بالظهار الأول حزمة موقفة فكيف تتكرر الحزمة بتكرار الظهار وما هو إلا تحصيل الحاصل. أوجب بالأول تثبيت الحزمة الموقفة مع بقاء ملك الخل فيصبح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع أسباب الحزمة كأنحرم حرام على الصائم لعينها ولصومه ولعينه، وهذا لا يدفع سؤال تحصيل الحاصل إلا أن يلزم أن يثبت بكل سبب حزمة كما ألزم في أسباب الحدث على ما تقدم في الطهارة.

[فروع] لا يصح ظهار الذي، وبه قال مالك خلافاً للشافعي وأحمد كالإيلاء، وهي رواية البراءة عن أبي حنيفة والأول رواية الأصل لنا قوله تعالى - والذين يظاهرون منكم - والكافر ليس منا، وإلحاقه بالقياس متمنع لأن الظهار جنابة حكمها تحريم يرتفع بالكفارة، وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجنابة عنه بالكفارة مع أنه ليس من أهلها لأنها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فينبغي تحريماً مؤكداً وهو غير حكمه بالنص، ولأنه لا يقدر عليها على رأيكم إذ لا يقدر على ملك رقية مؤمنة وإلغاء قيد الإيمان في حقه، بخلاف النص فيكون بخلاف الكفارة ولا إجماع على ذلك ليكون كإلغائه في - إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن - وما أوجب من أنها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه إنها تفقير إلى النية اتفاقاً فلم كونها عبادة. وما دفع به من أن افتقارها إليها كافقار الكتابات إليها وليست عبادة مدفوع بأنه قياس بلا جامع، لأن افتقار الكتابات إليها ليعين به أحد الاحتمالات وهو الطلاق عن غيره، وافتقار الكفارة لتقع عبادة وإلا فلماذا، والفرق بين الظهار والإيلاء على قول أبي حنيفة حيث أجاز إيلاء الكافر خلافاً لصاحبه أن حكم الإيلاء أمران: وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لأنهم يعتقدون حزمة الاسم الكريم ويصونونه فيعتقد منهم نظراً إلى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحدث، فلو فرض منهم الحنف بالوطء اتفق حكم البر وتعلل التكفير. ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلاً ثم كفر إن كفر في يوم الاستثناء لم يجر، ولو ظاهر يوماً أو شهراً صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة، ولو علن الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في المدة لا يصير مظاهراً، بخلاف الإبانة المعلقة على ما سلف. ويصح بشرط النكاح، فإذا قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت على كذا ظهر أي فزوجها لزمه حكم الظهار، ولو قال أنت على كذا ظهر أي في رجب وزمضان وكفر في رجب أجزأه عنها، ولو ظاهرها فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائداً بالإفاقة خلافاً لأحمد وجهين للشافعية؛

(فصل في الكفارة)

(فصل في الكفارة)

لما ذكر حكم الظهار وهو حزمة الوطء ودواخيه إلى نهايته ذكر في هذا الفصل ما ينشئ تلك الحزمة وهو الكفارة. وسببها الظهار والودع فيها، فإن الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة: ثم يوجب الحكم

(فصل في الكفارة)

قال (وكفارة الظهار عتق رقبة) فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا (للنص الوارد فيه فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب . قال (وكل ذلك قبل المسيس) وهذا في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه ، وكذا في الإطعام لأن الكفارة فيه منية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا . قال (وتجزى في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والمذكر والأنثى والصغير والكبير) لأن اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء إذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه ،

(قوله عتق رقبة) أي إعتاقها ، فإنه لو ورث من يحتق عليه فنوى به الكفارة بمقارنا لموت المورث لا يجزى عنها (قوله وكذا في الإطعام) يعني يجب كونه قبل المسيس كأخويه ، والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعله وألفه بهما . وحاصله عقلي لأن الكفارة منية بالتنصيص على إيجادهما قبل اتحاش ، وهذا كفارة مثلتهما فيجب كونه قبل التماس ، وما قلنا روايته من الحديث المصحح من قوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع قبل التكفير « اعتزلها حتى تكفر » مطلق من غير تفصيل فيجب إجراؤه على إطلاقه . لا يقال هذا كله يترأى أنه زيادة على إطلاق النص بالتمهر والقباس ، وهو لا يجوز ، وذلك لأنه تعالى قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال - فتحرير

عليها بالفاء ، وإنما كان ذلك والله أعلم لأن الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة إباحة فلا يصلح أن يكون سببا للكفارة ، لأن سببا لا بد وأن يكون أمرا دائرا بين المظهر والإباحة على ما عرف في الأصول ، وضم إلى ذلك العود عما قال لكونه بعض المنكر وهو حسن ، ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تزلме الكفارة ، ولو عاد ثم بدا له أن لا يطأها سقطت . فإن قيل : لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لأن تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو نياتر ؟ فالجواب أن المراد بالعود حقيقة إن كان الفعل فهو ليس بسبب وإن كان هو العزم فلا تسلم جواز تقديم الكفارة عليه . نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لأنها شرعت لإنهاء الحرمة الثابتة بالظهار ، ولا يمكن إيقاع الفعل حلالا إلا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة فوجب التصجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة ، وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة ، وما في الكتاب ظاهر . والمراد بقوله (عتق رقبة) إعتاق رقبة ، فإن العتق قد لا ينوب عن الكفارة ، ألا ترى أنه لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يجوز عن عهدها . وقوله (من كل وجه) متعلق بالمرقوق دون المملوك لأن الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صبح عن الكفارة ، ولو أعتق المدير عتلم لم يصح . واعترض على المصنف من وجهين : أحدهما أنه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق ، وإنما يقال رقى فلان : إذا صار رقيقا : أي عبدا . وأجيب عنه بأن الأثرى حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاما ثقة . والثاني أن تذكير الذات لا يجوز ، فالعصا ذات مرقوقة

(قال المصنف للنص الوارد فيه) أقول : أي في الظهار أو الكفارة بتأويل التكفير أو ترتيب الكفارة للمعلوم من السياق (قال المصنف وكذا في الإطعام) أقول : بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فإنه سبحانه من المصنف في تعليق جواز إقربان المظاهر منها في أثناء الإطعام ما يخالفه (قال المصنف : فلا بد من تقديمها على الرقبة) أقول : وهذا على سبيل الاستصحاب ، متى لو جامع في جلاء الإطعام لا يلزم الاستصحاب . وكذا في شرح تاج القرطبي وفيه ما فيه (قوله) وأجيب عنه بأن الأثرى حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاما ثقة) أقول : لا . فالمغرب ، وأما ذات مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رقه لا إذا رجه وهو مرقوق له من حلفت العسة كما في المصنوع والمأخوذ آخر مقال .

والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول : الكفارة حتى الله تعالى فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة . ونحن نقول : المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق ، وقصد منه الإعتاق المتكمن من الطاعة ثم مقارفته المعصية بحال به إلى سوء اختياره

رقبة من قبل أن يتأسا - ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال - فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ثم أطلق الإطعام عنه بقوله تعالى - فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - فلو أريد التقيد في الإطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه بالإطلاق بعد مانص على تكرير القيد مع التخصيص غير ممكن به لتقييده في التحرير قرينة على قصد الإطلاق فيه ، وما قيل ذكره مرتين تنبيه على إزادة تكرره مطلقا إذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالحصلة الأولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالأخيرة لو اقتصر عليه معها ولتطويل لو أعاد معها بعدهما فكلاهما غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين . ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالإطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر في إزادة انفراجه عنهما بمعنى الإطلاق فلا يخرج على القواعد إلا إن تحقق فيه إجماع في عصر من الأعصار ، والثابت فيه الآن قولان عن الشافعي وروايتان عن أحمد . لأننا نقول الثابت بالنص افتراض الإطعام شرطا لحل المظاهر منها مطلقا وقد جربنا على موجب ذلك . ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بنجر الواحد والإلحاق بالخصيتين في وجوب التقديم لا في اشتراطه للحل ، والأصل وإن كان الافتراض فالمتعدى إلى الفرع منه الوجوب . لا يقال حينئذ يختلف الحكم في الأصل والفرع لأننا نقول : الوصف الذي زاد به القرض على الوجوب ليس من الحكم فإن الحكم هو الإيجاب . غير أنه إن كان ثبوته قطعيًا سمى فرضا . وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ القرض فتأمل ، وعما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الإطلاق في ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم يستأنف ، ولو قربها في خلال الإطعام لا يستأنف ، لأن الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق في الإطعام ، ولا يعمل الإطعام على الصيام لأنها حكمان مختلفان وإن اتحدت الحادثة (قوله من كل وجه) متصل بالمرقوقة فلذا لو أعتق أم ولده ومديره لا يجزيه عنها . بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا وعن ذلك يصح إعتاق الرضيع لصديق الاسم عليه (قوله والكفارة حتى الله تعالى) المشهور بناء الخلاف على أن المطلق هل يعمل على القيد أولا ؟ فعنده نعم وعندنا لا ، إلا في حكم واحد في حادثة واحدة لأنه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا ، إذ الشيء لا يكون نفسه مطلوبا إدخاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة نيتين ، ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها وللکلام في تحقيق هذا الأصل فمن غير هذا ، ولو تنزلنا إلى أصلها لم يلزم من التصديق في كفارة الأمر الأعظم وهو القتل ثبوت مثله فيها هو أخف منه ليكون التقيد فيه بيانا في المطلق . ونهزير ما في الكتاب أن الكفارة هي الإعتاق حتى الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدو الله ، إذ الإعتاق يتعلق به ويتحقق أثره له وهو العتق كالزكاة . والجواب أن هذا لا يعارض

مطلوكة . وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني . وقوله (والشافعي يخالفنا) أي لا يجوز إعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة (لأن الكفارة حتى الله تعالى وحتى الله لا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق) وقوله (وقصد منه الإعتاق المتكمن من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حتى الله تعالى . ونهزيره أن قصد المكفر بالإعتاق هو أن يتمكن الملتزم من الطاعة بخلوها عن خدمة المولى (ثم مقارفته المعصية) أي بقاءه على ما كان عليه من الكفر (بحال به إلى سوء) اعتقاده و (اختياره)

(ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لأن الثالث جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع، أما إذا اختلفت المنفعة فهو غير مانع، حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلفت، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي إذ هو عليه متعذر، ويجوز الأصم. والقياس أن لا يجوز وهو رواية النوادر، لأن الثالث جنس المنفعة، إلا أنا استحسننا الجواز لأن أصل المنفعة باق، فإنه إذا صيغ عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزيه (ولا يجوز مقطوع إبهامى اليدين) لأن قوة البطش بهما فبقواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذى لا يعقل) لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل

إطلاق النص إلا إذا كان مانعاً عقلياً منه، وليس كذلك لجواز أن يأذن الله تعالى في الإحسان والتليك تصدقاً على الكافر بالأمور الدينية، وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكاة، قال صلى الله عليه وسلم «تصدقوا على أهل الأديان» والاتفاق على جواز الصدقة النافعة عليه مع أن المقصود منها التهرب إلى الله تعالى، فأولاً أن مقصود القربة إلى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلاً، ولا يزيد الفرض على كونه قربة إليه تعالى إلا بكونه مأموراً به، ولا يظهر لوصف المأمورية أثر في منافاة كون عمله كافراً بعد ما ثبت أنه لا ينافي معنى القربة، ولولا النص الذى يخص الزكاة لقلنا بجواز دفعها لفقراء أهل اللمة، وهذا لأن التهرب بفعل الفاعل يحصل لا بخصوص عمل فعله، وهو إنما يمتنعه لتمكنه من الطاعات بالإسلام شكراً لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من رقبة الرق لا لغیر ذلك، ثم افترقه هو الكفر لسوء اختيار منه على نفسه، فظهر ثبوت معنى التهرب بإعتاقه. وهذا يدخل في الكافرة المرتد والمرتدة، ولا خلاف في إعتاق المرتدة لأنها لا تقتل، وإعتاق العبد الحر في دار الحرب لا يجزيه عن الكفارة، وإعتاق المستأنس يجزيه (قوله ولا تجزئ العمياء الخ) الأصل أن يكون المعتق كامل الرق مقروناً

ولقابل أن يقول: مفرقة المعصية بحال به إلى سوء اختياره، لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعاً عن الصرف إليه كما في الزكاة؟ والجواب أن القياس جواز صرف الزكاة إليه أيضاً لأن فيه مواساة عباد الله، لكن قوله صلى الله عليه وسلم «خلها من أغنيائهم وردھا على فقرائهم» أخرجه عن الصرف. قال (ولا تجزئ العمياء) أى لا يجوز إعتاق الرقبة العمياء ذكراً كان أو أنثى، وكلامه ظاهر، والضابط في تخريج ما يجوز به الإعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو أنه متى أعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقروناً بنية الكفارة وجنس ما يبتنى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها، وإن لم يكن كذلك لم يجز؛ فقوله رقبة مجتزأ عما إذا أعتق نصف رقبة فجا معها ثم أعتق النصف الآخر لم يجز، وإن أعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز. وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم. وقوله مقروناً بنية الكفارة احتراز عما إذا أعتق عبده ولم ينوع الكفارة فإنه لا يقع عنها، وإن نوى عنها بعد الإعتاق لا يجوز أيضاً. وقوله وجنس ما يبتنى به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما مماثل ذلك. وقوله بلا بدل احتراز عما إذا أعتق عبده على بدل، فإنه لا يقع عن الكفارة. ولما كان فوت جنس المنفعة مانعاً لأن الشخص يصير في ذلك الجنس كالمالك لأن قيام الشخص بنفسه. وقوله (ويجوز الأصم) وأضحى. وقوله (لأن قوة البطش بهما) يفيد أن ما يزول به تلك القوة كان مانعاً فقطع أكثر أصابع كل يده فقطع جميعها

(قوله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خلها الخ) أقول: ولعل هذا خبر مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب (قوله ثم أعتق النصف الآخر لم يجز) أقول: حق المبارة فإنه لا يجوز (قوله كما تقدم) أقول: في أول الصفحة.

فكان فائت المنافع (والذى يجن ويفيق يميزه) لأن الاختلال غير مانع . ولا يميز عنق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيما ناقصا ، وكذا المكاتب الذى أدى بعض المال لأن إعنته يكون يبدل . وعن أى حنيفة أنه يميزه لقيام الرق من كل وجه ، ولهذا تقبل الكتابة الانقضاء ، بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لا يخلعان الانقضاء ، فإن أعتق مكاتب لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعى . له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر . ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ماينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : المكاتب عبد مايق عليه

بالتية ، وجنس مايبقى من المنافع بلا بدل ، فظهر أن اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا يثبت العيب ، وهذا لأن بقوات الجنس المنفعة تصير الرقية فائتة من وجه بخلاف نقصانها ، ولم يعتبروا فوات الزينة على الكمال مع أنهم اعتبروه فى الديات فألزموا بقطع الأذنين الشاخصتين تمام الدية ، وجوزوا هنا عنق مقطوعهما إذا كان السمع باقيا ، ومثله فبين حلقته فلم تثبت لفساد المنبت ، وما عللوا به فى جعل العنين والنخس والمحجوب من الفائتة منقطة للنسل وهوزائد على ما يطلب من المالك يعلى به فى فوات الزينة على الكمال ، لأن باعتبار ذلك لا يصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر ، فمن هذا افرق الحال بين الإعتاق والدية فيه ، ويموز الرقهاء والقرناء والعوراء والعشاء والغشاء والبرصاء والرمضاء والنخى ، لاقطوع اليدين أو الرجلين أو إحدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة ، ويموز من خلاف . أما مقطوع لإيهى اليدين فلما فى الكتاب ، ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الإبهامين من كل يد لأن الأكر كالكل ويموز مقطوع لإصبعين غير الإبهام من كل يد لاسقاط الإنسان العاجز عن الأكل ، ولا يموز المحنوق المطبق لأن المنافع كلها فى حقه فائتة لأن الانقضاء بها إنما هو بالعقل وأما الذى يجن ويفيق فيجزى عنه أطلقه فى الهداية والمراد إذا اعتقه فى حال إفاقته وفى الأهم روايتان ، وماذكر فى الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين ، فحمل رواية التوارد: الأهم الذى ولد أصم وهو الآخرس فإنه لا يسمع أصلا ولا يتكلم ، ومحمل ظاهر الرواية الذى إذا صيغ عليه يسمع . وروى إبراهيم عن محمد : إذا أعتق عبدا حلال الدم قضى بلمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز . وفى التجنيس : من علامة عيون المسائل إذا أعتق عبدا مريضا عن ظهاره إن كان يرحى ويخاف عليه يموز ، وإن كان لا يرحى لا يموز لأنه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الإبهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة ، لكن الشارع لم يعتبرهما إلا كغيرهما من الأصابع . وأيضا رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها ، وذلك أن قوات قوة البطش ليست لازمة ولا عنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها (ولا يميز عنق المدبر وأم الولد) ويموز إعنت المكاتب الذى لم يؤد شيئا لا الذى أدى بعض الكتابة والشافعى منعه ، وألقى المكاتب بالمدبر وأم الولد بجماع أنه استحق العنق بجهة الكتابة فأشبه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيها بل هو أولى بعدم الإجزاء منها ، فإنه لو قال كل مملوك فى حر عنق مدبره وأم ولده ، ولا يحتق مكاتبه إلا بالتية فدل أنه أخص رقا منهما وبهذا يطل حكمك الكتابة إنما

وقوله (والذى يجن ويفيق يميزه) يعنى إذا اعتقه فى حال إفاقته (ولا يميز عنق المدبر وأم الولد) لأن المصوص عليه تحرير رقية مطلقة ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، ورقية المدبر وأم الولد ليست بكاملة (لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا) فإنه إذا ثبت فيه شئ من القوة الحكيمة زال فى مقابلته شئ من الضعيف الحكي . وقوله (أشبه المدبر) استدلال بما لا يقول به ، لأن بيع المدبر وإعتاقه عن الكفارة عند الشافعى جائز فكان هذا احتجاجنا علينا بمذهبنا . وقوله (على ماينا) إشارة إلى قوله ولهذا قبل للكتابة الانقضاء . وقوله حتى الله عليه وسلم

درهم ، والكتابة لاتنافيه فإنه فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة إلا أنه يعرض فيلزم من جانبه ، ولو كان مانها ينسخ مقتضى الإعتاق إذ هو يحتمله ، إلا أنه تسلم له الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل

اقتضت فك الحجر لاغير كالإذن في التجارة ، ولو صح ذلك لاستبد المولى بنفسها كالمع من التجارة ، وهذا كله على وجه الإلزام لنا في المدبر ، فإن عنده بيع المدبر وإعتاقه جائز ، وهو مذهب أحمد بناء على جواز بيعه عندهما خلافا لنا ، وفي أم الولد على وجه الإثبات لنفسه ، ونحن نمنع أن استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق ، فإن ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا ، فإن حاصل الكتابة تعليق العتق بالأداء ، ولو على سائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لأن سائر التعليقات لا تحتمل الانقراض بخلاف هذا ، ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يثبت نقصان الرق فيهما لأن الحاصل فيهما أيضا تعليق العتق بموت السيد ، ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه وعادته إلى الحالة الأولى ، لأن نقصان الرق بثبوت العتق بغيره وثبوت من وجه لا يحتمل الزوال كثبوت من كل وجه ، وهذا ما يقال في حق العتق كحقيقته ، وهذا هو الثابت في المدبر وأم الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة ، فظهر أن الكتابة إنما أوجبت فك الحجر في المكاسب ، وهذا لا يمكن نقصانا في الرق إذ المكاسب غير الرقية ، وبه يعلم أن قوله صلى الله عليه وسلم « المكاتب عبد مابقي عليه من كتابته شيء » رواه أبو داود ، المراد به كامل في العبودية والرق ، وإنما يستبد المولى بنفسه لأنه يبدل فانقضى لازما على المولى ، بخلاف الإذن في التجارة لأنه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل إلا بالنية ، لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لأن محل الملك أعم من محل الرق ، ألا يرى أن الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالأمتعة ، والحيوان غير الآدمي ، ففي العبد رق في رقبته ومالك يحاذيه فيها ويتعدى إلى غيرها من منافع وأكسابه والكتابة أوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقية وهو محل الملك لا الرق فخص بها الملك لا الرق ، ولكن العتق إنما يعتد الرق لأنه لو دار مع الملك ثبت في غير الآدمي أيضا فكان حينئذ كشرع الساقية ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم الزحزح (قوله إلا أنه يسلم له الأكساب الخ) جواب عما قد يقال عقبه حيث وقع إنما يقع شرعا بجهة الكتابة وإن عين السيد جهة التكفير بدليل أنه يسلم له الأكساب والأولاد ، فلم أنه بجهة الكتابة أجاب بوجهين : الأول أن العتق في المكاتب واحد ،

المكاتب عبد مابقي عليه درهم » رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم . وقوله (والكتابة لاتنافيه) دليل آخر . وتقريره المكاتب زقيق قبل الكتابة لاعالة ، ولم يزل رقه بها لأن الشيء لا يزول إلا بمنافيه ، والكتابة لاتنافي الرق (فإنه) أي عقد الكتابة أو ذكره باعتبار الخبر (فك الحجر) إذ لم يملك به المكاتب إلا المنافع والأكساب كالإعارة والإجارة ، وفك الحجر لا ينافي ملك الرقية كالإذن في التجارة . فإن قيل : لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة لاستبد المولى بنفسه كالمع من التجارة . أجاب بقوله إلا أنه : أي عقد الكتابة فك الحجر يعرض فكان لازما من جانبه : أي من جانب المولى . وقوله (ولو كان مانها) جواب بطريق النزول : يعني لو سلمنا أن عقد الكتابة مانع عن الإعتاق عن الكفارة ، لكنه إذا أعطه عن الكفارة (ينسخ) قبل الإعتاق (مقتضى الإعتاق إذ هو) أي عقد الكتابة (يحتمل الفسخ) فإن قيل : لو صح إعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الإعتاق لسلم الأولاد والأكساب للمولى ، كما إذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله أكساب أجاب بقوله (إلا أنه يسلم له) أي للمكاتب (الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل)

بجهة الكتابة ، أو لأن الفسخ ضرورى لا يظهر فى حق الولد والكسب (وإن اشترى أباه أو ابنته بنوى بالشراء الكفارة جاز عنها) وقال الشافعى : لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك فى كتاب الأيمان إن شاء الله ، وإن أعتق نصف عبد مشترك فهو موسر وضمن قيمة باقية لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما

والإعتاق من جانب المولى تختلف جهاته ، ففيما يرجع إلى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا ، وفيما يرجع إلى المولى جعل إعتاقا بجهة الكفارة لأنه قصد ذلك ، وهو كالمرأة إذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها فى حق الزوج تحصيلًا لمقصود الزوج عند الطلاق ، وفى حقها يجعل تملكها بجهة مبتدأة ، وحقيقة الجامع بينهما إذا حصل عين المقصود فلا يبالى باختلاف السبب ، فى مسئلة الزوج نفس حقه ليس إلا إبرة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالى بكونه عن سبب آخر غير الطلاق ، وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس إلا عتقه عند الأداء وقد حصل عينه . الثانى انفساخ الكتابة ضرورى ، إذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لأنه تصرف من عاقل مسلم فيها فيه مانع يحتمل الفسخ ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر فى حق جواز التحرير للتكثير لا فى حق الأكساب والأولاد لأنه لا دلالة على الرضا فيها فيعتق فى حقهما مكاتبًا فتسلم له ، ولا يلزم من كونه عتق مكاتبًا كون عتقه بجهة الكتابة وإلا لقرر بدل الكتابة إذ تسلم المبدل بموجب تقرر البدل (قوله وإن اشترى أباه أو ابنته بنوى بالشراء الكفارة جاز عنها) هذا فى الشراء ، أما لو ورث أحدهما فنوى الكفارة فقد قدمته ، ولو وهب له أو أوصى له صح . الحاصل أنه إذا دخل فى ملكه بصنع منه إن نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه وإلا فلا ، ولو قال إن دخلت الدار فأنت حر ، ونوى كون العتق وقت دخوله عن الكفارة لا يجوز ، ولو نواه وقت اليمين جاز (قوله وضمن قيمة باقية) يعنى أعتق ذلك الباقي أيضا (لم يجز عند أبى حنيفة وعندهما يجوز) بناء على تجزئ الإعتاق وعدمه عندهما لا يتجزأ ، فإعتاق نصفه إعتاق كله ، غير أن المعتق إن كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ، ولا سعاية على العبد حتى يكون إعتاقا بوضع ،

يعنى المكاتب (بجهة الكتابة) وإذا كان كذلك لا يخرج الأكساب والأولاد عن ملكه كما لو عتق بأداء بدل الكتابة ، وهذا لأن الفسخ لا يصح إلا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة ، والدلالة إنما تتحقق إذا سلمت له الأكساب والأولاد ، فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لا يختلف لآي ذاته ولا باختلاف الجهات ، وجعل الإعتاق للتكثير لأن المولى قصده ، وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجائنين (أو لأن الفسخ ثبت ضرورة صحة الإعتاق) فلا يظهر فى حق الأولاد والأكساب . وقوله (وإن اشترى أباه أو ابنته) واضح .

(قوله وهذا لأن الفسخ لا يصح إلا برضا المكاتب الخ) أقول : فصار لهذا العتق سببان : إعتاق عليه من المولى ، وعتق الكتابة . وحق العبد فى أن لا يظلم ما ثبت بهذا المقيد وقد حصل حكم العتق وهو غير متجزئ فيصاف إلى كل واحد من السبعين كمالا كان ليس منه غيره ، كواحد قتل جماعة فإنه يقتل بهم ويصير كل واحد مسغوبا حقه بصفة الكمال (قوله فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لا يختلف) أقول : بصيرة لأنه راجع إلى العتق (قوله وجعل الإعتاق للتكثير) أقول : كيف يحصل عتقه بجهة الكتابة وهو ملق بأداء البدل والمغروس أنه لم يزد شيئا والتحويل عن على الجواب الثانى ، وحصول الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة ، والثابت هنا هو الأول فلها تم تنصيص فى حق الأولاد والأكساب ، وعليه برأى سائر الفقهاء كذا فى شرحه بصرية فيما قلنا (قوله وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجائنين) أقول : قوله هو راجع إلى الإعتاق ، وقوله نظرا لتعليل لقوله وجعل الإعتاق بغيره ففعل العتق الخ .

لأنه يملك نصيب صاحبه بالضيان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه ، بخلاف ما إذا كان المعتق معسرا لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون إعتاقا بعوض . ولأى حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضيان ومثله يمنع الكفارة (فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) لأنه أعطاه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع ، كن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عنها ، بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك

ولو كان المعتق معسرا لا يجوز بالاتفاق لأن على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل ، وإن لم يكن ذلك البديل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود أنه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته . وعنده يتجزأ فإذا أعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعدد استدامة الرق فيه فصار كأم الولد بل أشد لأن عتقها متعلق بالوثة ، بخلاف هذا ، وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضيان ملكه ناقصا ، ومثله يمنع التكثير كالتدبير فصار كأنه أعتق عبدا لا شيئا منه ، بخلاف المسئلة التي بعد هذه فإنه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة فيجوز ، كن أضجع شاة ليذبحها أضحية فأصاب السكين عنها فاعورت . فإن قيل : الملك في المضمون يثبت مستندا إلى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكن ملك للمعتق زمان الإعتاق وهو إذ ذاك لا نقصان فيه . قلنا : الملك إنما يثبت مستندا في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيره فيتمكن النقصان في نصيب الساكن في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز ، ولا يحتج أن التعيب ضرورة إقامة المأمور به ليس كالتعيب بعينه مختارا ، حتى أنه لو قفا عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه ، فكان المشترك أولى بالإجزاء من العبد المختص ، لأن مالك

(وقوله بخلاف ما إذا كان المعتق معسرا) يعني أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق . فإن قيل : يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وإن كان المعتق معسرا لأنه يصير حرا مديونا بناء على أن الإعتاق عندهما لا يتجزأ . أجيب بأنه إنما لم يجز لأن وجوب هذا الدين يسبب الإعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة (ولأى حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) لتعدد استدامة الملك فيه (ثم يتحول إليه بالضيان) ما بقي منه فكان في المعنى إعتاق عبدا لإلا شيئا ، ومثله يمنع الكفارة . قلنا قيل : المضمونات تملك بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكن ملك للمعتق زمان الإعتاق وكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما ذكره في إله . أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما على ما صرف في كتاب القصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقه مستندا ويلزم النقصان المانع (فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه لأنه أعطاه بكلامين) فلا محذور فيه . فإن قيل : قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع . أجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ، فإنه أعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم أعتق ما بقي ومثله غير مانع ، كن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عنها فإن النقصان لما حصل بقول التضحية لم يمنع ، فكذلك النقصان الحاصل بقول الكفارة ، بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي معسرا إلى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة ، فإذا ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه فقد صرفه إلى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كأنه أعتق عبدا لا بقدر النقصان .

وهذا على أصل أبي حنيفة . أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق النصف إعتاق الكل فلا يكون إعتاقا بكلامين (وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع إلى ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة) لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص ، وإعتاق النصف حصل بعده ، وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق

النصف لا يقدر على عتقه إلا بطريق عتق نصفه فحاله أشبه بدبايح الشاة من مالكة على الكمال . وجوابه أن المعنى أنه حصل بسبب إقامة الواجب ، وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن إقامة الواجب إلا كذلك ، فإن الشارع لما أطلق له العتق بمرة ومبرات كان لازمه أنه إذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع . وعن هذا بحث بعضهم أنه يجب الإجزاء في الصورتين ، فإن النقص في الأول أيضا حصل بسبب العتق كالثاني ، والعمد وعلمه سواء لأنه نقصان حكى فيستوى فيه العمد والخطأ ، ولأن الملك بالضمأن يستند فيظهر ملكه في الكل عند إعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية . وأجابه عن قوله إنما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بأن النقص لما كان حكيما فسواء وجد في ملكه بين إعتاق نصفه وإعتاق باقيه أو في ملك غيره بين الإعتاقين ، لأنه لو كان ينافى كمال الرقية منع مطلقا . وجوابه أن منافية الكمال لا تستلزم منافية الإجزاء إلا إذا كان في غير ملكه لأنه أهدر لحصوله بسبب إقامة الواجب ، غير أنه إذا وقع في ملك غيره وضمته كان مشتريا ناقص رقا معنى فعتقه عن الكفارة ، بخلاف ما إذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الإهدار دون الشراء معنى ل ناقص الرق ثم إعتاقه ، فحيث أهدر كان كأنه أعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه ، بخلاف الأول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا إلى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان إذا كان في ملك غيره فلم يقع عن الكفارة (قوله وإعتاق النصف حصل بعده) فإن قيل : كل إعتاق بعد هذا وإن كان إعتاقا عبد كامل فهو بعد المسيس ، فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الإجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضا . قلنا إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني ، وبطل إعتاق ذلك النصف لأن الشرط للحل مطلقا إعتاق كل الرقية قبل المسيس ولم يوجد ففقر الإثم بذلك المسيس ، ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لأن المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبى الحرمة بعد المجموع كما كانت إلى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع بجميع رقبة (قوله وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق الخ) في الخزانة : لا ينصوم من له خادم ، بخلاف المسكن . وقال الشافعي والليث : يجوز الصوم مع وجود الخادم ،

وقوله (وهذا) أي جعله إعتاقا بكلامين (على أصل أبي حنيفة) فيجزئ الإعتاق (أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق النصف إعتاق للكل فلا يكون إعتاقا بكلامين) وعلى هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي ظاهرة ، إلا أنه اعترض على قوله وإعتاق النصف حصل بعده بأن أي إعتاق وجد بعد هذا وإن كان كاملا فهو إعتاق بعد المسيس فينبغي أن لا يجوز عن الكفارة . وأجيب بأنه إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصارت إعتاق نصف العبد كأن لم يكن ، وكأنه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لا يعاد حتى يكفر وقد تقدم ذلك . قال (وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق) إذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين ، فإن ضام بالأهله جاز ،

(قوله بأن أي إعتاق إلى قوله : فهو إعتاق الخ) أقول : قوله أي إعتاق اسم إن ، وقوله فهو إعتاق خبر إن .

فكفارتة صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق) أما التتابع فلا أنه منصوب عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله والصوم في هذه الأيام منهي عنه فلا ينوب عن الراجب الكامل (فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف : لا يستأنف لأنه لا يمنع التتابع ، إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط ، وإن كان تقديمه على المسيس شرطا فنيا ذهبنا إليه لتقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه . ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص ،

واعتباره بالماء المعد للعطش . والفرق عندنا أن الماء مأمور بإمساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم ، كذا ذكره الرازي في أحكام القرآن . ويرد عليه المسكن . وجوابه أنه بمنزلة لباسه ولباس أهله ، بخلاف الخادم . وفي الإسيجاني : يعتبر الإحصار واليسار وقت التكفير : أي الأداء ، وبه قال مالك . وقال أحمد والظاهرية : وقت الوجوب . وللشافعي أقوال كالقولين . وثالثها يعتبر أغلظ الحالين (قوله فكفارتة صوم شهرين) إن صامهما بالأهله أجزأه وإن كانتا ثمانية وخمسين يوما ، وإن صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين . وجب عليه الاستئناف (قوله فإن جامع التي ظاهر منها) كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، فإنه لو جامع زوجته الأخرى ناسيا لا يستأنف عنده أيضا ، كما لو أكل ناسيا . لأن حرمة الأكل والجماع للصوم لثلا يتقطع التتابع ولا يتقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال ، بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فإنه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقديمها على المسيس شرط حلها ، فيالجماع ناسيا في أثناها يبطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف

وإن كان كل شهر تسعة وعشرين يوما ، وإن صام لغير الأهلة فأفطر لغام تسعة وخمسين يوما فعليه أن يستقبل ، وكذا إن أدخل في صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح (فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يستأنف) وإنما قيده بالتي ظاهر منها لأنه إذا جامع غيرها فإن كان وطأ يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق ، وإن لم يفسده بأن وطأ بالنهار ناسيا أو بالليل كيما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق ، وإنما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لأنه إذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق ، وأما ذكر العمد فيه في الليل فقد وقع اتفاقا لأن العمد والنسيان في الوطء بالليل سواء ، فعرفت أن الاختلاف في وطء لا يفسد الصوم . لأبي يوسف أن هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لأنه لم يزل صائما ، وهو الشرط : أي السبب المعتمد عليه في كون الصوم كفارة وقد وجد . فإن قيل : تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطا فنيا ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني الاستئناف تأخير الكل عنه وتأخير البعض أهون من تأخير الكل (ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص) وهذا يحتمل وجهين : أحدهما أن يكون معناه أن النص يقتضى شرطين : كون الصوم قبل المسيس ، وكون الصوم خاليا عن المسيس .

وهذا الشرط يتعدم به فيستأنف (وإن أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف) لغوات التتابع وهو قادر عليه عادة ،

العبد لصديق كون المجموع قبل التماس ، وكون السبب النسيان لا أثر له في نفي هذا الواقع وعدم إفساد الصوم بالنقص على خلاف القياس ، وتقييده ليلا بكونه عامدا ليس بقيد بل جماعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء . لأن الخلاف في وطء لا يفسد الصوم (قوله وإن أفطر يوما بعذر كرض أو سفر لزم الاستقبال) بخلاف ما لو أفطرت المرأة الحيض في كفارة القتل أو الفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض . ولو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لأنها لا تجد شهرين ليس فيها أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيها أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهريين ليس فيها نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت ؛ كما لو

والشرط الثاني من ضرورة الأول لأن تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه (وهذا الشرط) أي الشرط الثاني وهو الخلو عنه (يتعدم به) أي بالمسيس فيتعذر المشروط . ويجب الاستئناف ، لأنه إن عجز عن الإتيان قبل المسيس فهو قادر على الإتيان به حاليا عن المسيس ، وإلى هذا يشير كلام عامة الشارحين . والثاني أن يقال قوله وأن يكون نخالا عن ضرورة تفسير الأول بطريق المطف لأن إيقاعه قبل المسيس لإخلاقه عنه بالضرورة وبمخلو الجماع عدم الشرط وصار الصوم كأن لم يكن وقد جاء على ظاهر منها قبل الكفارة . والحكم في ذلك الاستعفاف وترك العود إلى الكفارة فيلزمه الاستئناف ، وهذا أولى لأشبهه على الجواب عن قوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطا للخ . والجواب عن قوله أنه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع أن عدم الفساد في النسيان ثبت . بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى إلى قطع التتابع وفي العمد لعدم القائل بالفصل (وإن أفطر يوما منها بعذر) كسفر أو مرض (أو بغير عذر استأنف لغوات التتابع وهو قادر عليه عادة) وهذا احتراز عما إذا أفطرت المرأة في كفارة القتل أو الإفطار بعذر الحيض فلها أن تستأنف لأنها معلومة عادة ، إذ لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيها . ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم عذر على الاعتاق في آخر يوم من الشهرين ، فإن كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتيق وصار صومه تطوعا لا اعتباره على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل ، وإن كان بعد

(قوله والشرط الثاني من ضرورة الأول ، إلى قوله : فيتعذر المشروط) أقول : . كون الثاني من ضرورة الأول لا يقتضي أن لا يوجد الثاني بدونه كما في اللازم العام (قوله ويجب الاستئناف لأنه إن عجز عن الإتيان به بالغ) أقول : وفيه أنه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطي الكفارة فيلغى المشروط أيضا (قوله لأن إيقاعه قبل المسيس لإخلاقه بالغ) أقول : إن أراد اتحادهما ذاتا فليس كذلك لعدم الإخلاص . وإن أراد الاستلزام فلا يفيد . ومضى أن الإخلاص من ضرورة التقديم وأن المراد بالمسيس ما يطلب حله لا جنس المسيس ، ثم لما بدأ المظاهر بالتكفير علم أنه طلب أن يقع كل منه به مباحا ، فالذي وقع في خلافه كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من إبقاءه بالتكفير فلم يخل عنه ولم يوجد الشرط ، وإذا استأنف وأخل عنه يوجد الشرط بالنسبة إلى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليتلزم (قوله وترك العود إلى الكفارة) أقول : قوله إلى الكفارة متعلق بقوله ترك العود (قوله والجواب عن قوله إنه ، إلى قوله : فلا يصحى إلى قطع التتابع) أقول : لأيقال صحة هذا الكلام بتسلزم أن يقطع التتابع إذا وطئ غير المظاهر منها بالتهار ناسيا أو بالليل كيفما كان ، وقد صرح بجوابه آنفا لأن هذا الكلام وارد مستندا لشيء استلزم عدم فساد الصوم انتفاء قطع التتابع ؛ فلا يصح أن يقال لو صح ، إذ حاصله لم لا يجوز أن يكون من المواضع التي يقتصر فيها النص على مودعه لوجوده على خلاف القياس فليتلزم .

(وإن ظاهر العبد لم يجوز في الكفارة إلا الصوم) لأنه لاملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال (وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه) لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتملكه (وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى - فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - (ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير أو قيمة ذلك) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر :

حاضمت في خلال صوم كفارة البين ، فلما تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لايجب فيها (قوله لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتملكه) أوقعه تعليلا لقوله وإن أطعم المولى عنه أو أعتق ، فأفاد أن معناه أنه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر ، إذ لايد من الاختيار في أداء ماكلف به ، أو معناه أن العبد أمره بفعل ذلك فإنه يتضمن تملكه ثم إعتاقه عنه وإطعامه . واعلم أن للسيد أن يمنع عبده من جرم الكفارات إلا كفارة الظهار لأنها تتعلق بها حق الزوجة (قوله وإذا لم يستطع الصيام) أى لمرض لايرجى زواله أو كبر (قوله أو قيمة ذلك) أى من غير مانص عليه ، فلو دفع منصوبا عن منصوب آخر بطريق القيمة لم يجز إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا . مثاله دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمة نصف صاع بر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز ، فلو كان التمر صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز ، وهذا لأن الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا لعمنه ، ولو جاز ذلك في الاعتبار لزم إبطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ، ثم إذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذى دفعه لهم ، فإن لم يمددهم بأعيانهم استأنف في غيرهم . لايقال : لو كسا عشرة مساكين في كفارة البين ثوبا واحدا عن الإطعام جاز عنه إذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الإطعام مع أن كلا منهما منصوب عليه . قلنا : المنصوص عليه الكسوة لا الثوب ، غير أنها لا تتحقق إلا بالثوب ، فلما لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصصة المنصوصة : أعنى الكسوة أصلا لأنه فاعل لما بطريق القيمة عن منصوب آخر ، إذ لاكسوة إلا بثوب يصير به مكتسبا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص (قوله في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر) وصوابه سلمة بن صخر ، والحديث غريب عنهما . وعند الطبراني في حديث أوس بن الصامت قال : وفأطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا ، قال : لا أملك ذلك إلا أن تعينى ، فأعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر

الغروب كان الصوم عن كفارته . قوله (وإن ظاهر العبد) ظاهر . وقوله (أو قيمة ذلك) أى من غير الأعداد المنصوصة مطلقا ، وأما في الأعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدرها عما قدره الشرع . وإن كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة ، حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لايجوز ، وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر أو شعير لايجوز ، إذ الأصل فيه أن كل جنس هو منصوب عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوب عليه وإن كان في القيمة أكثر لأنه لا اعتبار لعن النص في المنصوص عليه ، وإنما الاعتبار له في غيره . وقوله (في حديث أوس بن الصامت) هو أخو عبادة بن الصامت ، وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة ، وهى المجادلة التى نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم . وأما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لأن المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط ،

(قوله أى من غير الأعداد) أقول : مراده الملودات (قوله فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدرها) أقول : وأما إذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يجب . نظيره (قوله تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لايجوز) أقول : قوله لايجوز : يعنى لايجوز في الأعداد المنصوصة (قوله لأنه لا اعتبار لعن النص في المنصوص عليه وإنما لاعتبار له في غيره) أقول : شعير له راجع إلى المني ، وشعير غيره راجع إلى المنصوص .

« لكل مسكين نصف صاع من بر » ، ولأن المتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر ، وقوله أوقية ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة (فإن أعطى منا من بر ومنون من تمر أو شعير جاز) لحصول المقصود إذ الجنس متحد (وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهره ففعل أجزأه) . لأنه استقرض معنى والتقى قابض له

صاعا ، وأعانه الناس حتى بلغ « انتهى . ومقتضاه أنه كان برّا لأن التمر والشعير يخرى منه صاع . وقدمنا عن أبي داود من طريق ابن إسحاق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث أوس ابن الصامت قال صلى الله عليه وسلم « فإني سأعينة بعرق من تمر » قالت امرأته : يا رسول الله وأنا أعينه بعرق آخر ، قال : أحسنت « قال فيه : والعرق ستون صاعا . وأخرج عنه أيضا الحديث بهذا الإسناد إلا أنه قال : والعرق مكيل يسع ثلاثين صاعا ، وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم ينجح إلى معاوتها أيضا بعرق آخر في الكفارة . وأخرج أبو داود عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال : العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا ، وهذه معارضة في أنه كان المخرج تمرًا أو برّا ، والله تعالى أعلم . وأما الذي في حديث سلمة بن مضر البياضى قال « فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا ، قال : والذي بعثك بالحق لقد بقنا وحشين ما أملك لنا طعاما ، قال : فاطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها » الحديث أخرجه أحمد وأبو داود . ويكنى ما أثبتناه في صدقة الفطر من أن الواجب من البر نصف صاع ، إذ لا تقال بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة (قوله لأن الجنس متحد) وهو جنس هذه الكفارة وهو الإطعام ، بخلاف الكسوة مع الإطعام ، وبخلاف إعتاقه نصي عبيدين مشتركين بينه وبين غيره على قول أبي حنيفة ، فإن الجنس وإن كان متحدا لكن امتنع الإجزاء فيه لما منع آخر وهو أن المأمور به إعتاق رقبة ونصفا رقتين ليسا رقبة ، بخلاف الأضحية فإن الاشتراك فيها لا يمنع الأضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدية شرعا

وذكر في المغرب سلمة بن مضر البياضى ، وما ذكره المصنف موافق لما أورده الإمام المستغفرى في معرفة الصحابة قال : سهيل بن مضر البياضى . وقوله (فيعتبر بصدقة الفطر) يعنى في المقدار ، ولكن بينهما فرق من وجه آخر ، وهو أن التفريق ههنا بأن يعطى فقيرا منا من حنطة ومنا آخر فقيرا آخر لا يجوز ، لأن الواجب إطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ، ومتى فرق لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين ، وأما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا . وقوله (أو قيمة ذلك) ظاهر . وقوله (لحصول المقصود إذ الجنس متحد) يعنى من حيث الإطعام وسد الجوعة لأن المقصود من البر والتمر والشعير الإطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر ، وأما إذا اختلف الجنس كما إذا أطعم خمسة مساكين في كفارة العين بطريق الإباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة أرخص من الطعام لم يجز لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالإطعام ، ألا ترى أن الإباحة في أحدهما تجوز دون الآخر . واستشكل بما إذا اعتق نصف رقتين بأن كان بينه وبين شريكه عبيدان فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وإن اتحد الجنس من حيث الإعتاق . وأجيب بأنه إنما لا يجوز لأن نصف الرقتين ليس برقبة كاملة ، والشركة في كل رقبة تمنح التكفير بها . وقوله (وإن أمر غيره أن يطعم عنه

(قوله وأما إذا اختلف الجنس ، إل قوله لم يجز إلخ) أقول : وأما إذا كان مذهبنا أن التمر فيجوز بطريق أدلة التمسك (فقال المصنف) وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهره ففعل أجزأه) أقول : قال الفاجية الزيلعي : ثم في ظاهر الرواية ليس بالبر إلا أن يرجع على القول بأنه يحصل لفطر الفطرين فلا يصح به الإطعام ، ومن أبي حنيفة أنه يوجب الإطعام لغيره فصار له أكلها ضروبا ، وهو ما بيننا وبيننا . فليكن المصنف في هذا

أولاً ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تملكه (فإن غداهم وعشاهم جاز قليلاً كان ما أكلوا أو كثيراً) وقال الشافعي : لا يجوز له إلا التملك اعتباراً بالزكاة وصدقة الفطر ، وهذا لأن التملك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الإباحة . ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام وهو حقيقة في التمكن من الطعام وفي الإباحة ذلك كما في التملك ، أما الواجب في الزكاة الإتياء وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتملك حقيقة (ولو كان فيمن عشاهم صبي فطعم لا يجوز له)

(قوله فإن غداهم وعشاهم جاز) لأن المعتبر أكلتان مشيعتان بخبز غير مأدوم إن كان خبز برّ في سائر الكفارات ككفارة الظهر والإفطار واليمين وجزاء الصيد والقديّة سواء كانتا غداء وعشاء أو غداً من أو عشاء من بعد اتحاد السنين ، فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز ، والمعتبر الإشباع . عن أبي حنيفة في كفارة اليمين : لو قدم بين يدي عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة شعيرة أجزأهم وإن لم يبلغ ذلك إلا صاعاً أو نصف صاع ، فإن كان أحدهم شعبان احتفلوا ، قال بعضهم : يجوز لأنه وجد إطعام عشرة وقد شعيرة ، وقال بعضهم : لا يجوز لأن المعتبر إشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة (قوله وهو حقيقة في التمكن من الطعام) الطعم بالضم الطعام . لا يقال : الاتفاق على جواز التملك ، فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الإطعام مشتركاً معهما أوفى حقيقته ومجازاً . لأننا نقول بجواز التملك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الضرب والشتم مع التأنيف ، كذا هذا ، فلما نص على دفع حاجة الأكل فالتملك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من أجلها الأكل

من ظهاره) ظاهر . وقوله (فإن غداهم وعشاهم) بكلمة الواو لا بأول لأن التفدية وحدها أوالتعشية وحدها لا يجوز . قال في الميسر : المعتبر في التمكن أكلتان مشيعتان ، إما الغداء والعشاء ، وإما غداً من أو عشاء من لكل مسكين ، فإن المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء . وفي المهرج عن أبي حنيفة رحمه الله : إذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لا يجوز . وقوله (قليلاً أكلوا أو كثيراً) يعني أن المعتبر هو الشبع لا المقدار . وإن كان أحدهم شعبان اختلف المشايخ فيه ، فمنهم من قال بجوازه لأنه وجد إطعام العدد المعين وقد شعيرة ، ومنهم من قال لا يجوز لأن المأخوذ عليه إشباع الستين وهو ما أشبعهم . وقوله (وقال الشافعي) متصل بقوله فإن غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة إلا التملك قياساً على الزكاة وصدقة الفطر (وهذا) أي عدم جواز الإباحة (لأن التملك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الإباحة . ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام ، وهو حقيقة في التمكن من الطعام) لأنه جعل الغير طامعاً (وفي الإباحة ذلك) أي التمكن (كما في التملك) فيتأدى الواجب بكل واحد منهما ، أما بالتكثير فلمزاحة عين النص ، وأما بالتملك فلاشأله على المنصوص عليه لأنه إذا ملك منه فيما أن يطعمه أو يصرفه إلى حاجة أخرى فلذلك بقاء التملك مقام المنصوص عليه ، أما الواجب في الزكاة فهو الإتياء لقوله تعالى - وآتوا الزكاة - وفي صدقة الفطر الأداء لقوله عليه الصلاة والسلام «أدوا عنتمون» وهما للتملك حقيقة . وقوله (ولو كان فيمن عشاهم صبي) ظاهر .

يقوله لأنه استقرض متى ليس كما ينبغي لعدم إتيائه على ظاهر الرواية ، والأول أن يملأ بقوله لأنه طلب التملك منه معنى ، والفقير قابض له أولاً ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تملكه ، كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليطلب (قال المصنف) وفي الإباحة ذلك كما في التملك) أقول : كان الظاهر أن يقول وذلك هو الإباحة فيستزعمه التملك (قال المصنف) ولو كان فيمن عشاهم الخ) أقول : مسألة كتاب الإيمان ذكرها بسبيل التبريع وإن لم تكن مذكورة في الجامع الصغير ونحصر القديري ، لكن كان ينبغي أن يقول فيمن غداهم

أنه لا يستوفى كاملا ، ولا بد من الإدام في خبز الشعير يمكنه الاستيفاء إلى الشعير ، وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام (وإن أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه ، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه) لأن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم ، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره . وهذا في الإباحة من غير خلاف . وأما التملك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات - فقد قيل لا يجزه ، وقد قيل يجزه لأن الحاجة إلى التملك تتجدد في يوم واحد ،

أجوز فإنه حينئذ دافع الحاجة الأكل وغيره (قوله وإن أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه) وقال مالك والشافعي : وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزه ، وهو قول أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكينا ، ويتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير هو ستين فكان التعليل بأن المقصود سد خلة المحتاج إلى آخر ما ذكره مطلا لتقتضي النص فلا يجوز ، وأصحابنا أشد واقفة لهذا الأصل ولذا قالوا في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما إذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز ، لأن التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة ، كما إذا رعى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب عن رمية واحدة مع أن تفريق الدفع غير مصرح به ، وإنما هو مدلول الزاوي لعدد المساكين ستين ، فالنص على العدد أولى لأنه المستلزم ، وغاية ما يعطيه كلامهم أن يتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما . وتماه موقوف على أن ستين مسكينا مراد به الأعم من الستين حقيقة أو حكما . ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير إليه إلا بموجب . فإن قلت : المعنى الذي باعتباراه يصير اللفظ مجازا ويتدرج فيه التعدد الحكمي ماهو ؟ قلت : هو الحاجة يكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة ، وهو أهم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد إذا تحقق تكررها ، إلا أن الظاهر إنما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة ومحول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء (قوله وهذا) أي عدم الإجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه إلا عن يومه

وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه : يعني إذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الإباحة فلا خلاف لأحد في عدم جوازه ، وأما إذا كان بطريق التملك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم : لا يجوز لأن المقصود سد الخلة . ولهذا لا يجوز الصرف إلى الفنى ، وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لاحاجة له إلى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى إليه ، بخلاف كفارة أخرى لأن المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعذور ، ولا يمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير بأنهم من هذا (وقد قيل يجزه لأن الحاجة إلى التملك كثيرة تتجدد في يوم واحد) فإذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز حكما

وعاشهم : أو يقول فهم أو يقول لو كان أحسن فلعلم لأن الشاهد وسد لا يعتبر ، كلما في خرج الإقتال (قال المصنف : وإن أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه ، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه) أقول : اعتبار في الأول لفظ الإطعام وفي الثانية لفظ الإطعام ليعلم حال التملك في الأول والإباحة في الثانية بطريق الأول (قال المصنف : والحاجة تصيد في كل يوم) أقول : يفهم منه تعليل المسألة الثانية (قوله وقوله وهذا) إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه (أقول : الظاهر سببه إشارة إلى مجموع ما ذكر من المساكين فلا يلزم التشكك (قال المصنف : فقد قيل لا يجزه) أقول : وذكر في المحيط وهو الصحيح كلما في النهاية ، وإليه يشير قول المصنف وإن أعطاه في يوم واحد ، لأن الإطعام هو التملك ، وفي التلويح ما يخالف ذلك لكن لا يمتثل عليه (قال المصنف : لأن الحاجة إلى التملك تصيد) أقول : قال ابن المصنف : وربما يشعر اقتصار المصنف بعد كفاية القولين على توجيه هذا القول باعتباره ، إلا أن الأول أحوط ، ونكتة جوابه مع كون التملك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تملك ، بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام ، لأنه لما أقيم مقام التملك أصبح فيه أحكام ذلك التملك له .

بمخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة ، لأن التفريق واجب بالنص (وإن قرب إلى ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف) لأنه تعالى ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس ، إلا أنه يمنع من المسيس قبله لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس - والمنع للمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه

يعنى إذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الإباحة لا يجوز من غير خلاف ، لأنه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثانى فكان إطعام الطعام . أما لو كانت المرات تخليكات في اليوم الواحد اختلف فيه ، قيل لا يجوز أيضا إلا عن يومه ذلك ، وصححه في المحيط لأن المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعام في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف إليه بعده في يومه إطعام الطعام فلا يجوز كما لو كان إطعاما حقيقة ، وكالدفع إلى الغنى بمخلاف الداع في كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لأن المدفوع كالحالك بالنسبة إليهما . فإن قيل : لو كسا مسكينا واحدا عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة إلى الثوب بتجدد اليوم . قلنا : تجدد الحاجة إلى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس ، ولا يمكن تعليق الحكم في الثوب بغير الحاجة إليه فأقيم مضى الزمان مقامها لأنها به تتجدد ، وأدى ذلك يوم بلخس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها . وقيل يجزئه لأن التملك لما أقيم مقام حقيقة الإطعام وفرغ من ذلك نظر إليه من حيث إنه تملك ، والحاجة بطريق التملك ليس لها نهاية فكان المدفوع أولا هالكا بالنسبة إلى المدفوع ثانيا كما هو هالك بالنسبة إلى دافع آخر وكفارة أخرى ، وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة إذ الحال قيامها ، وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره إلا أن الأول أحوط . ونكتة جوابه منع كون التملك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تملك بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام ، لأنه لما أقيم مقام الشيء اعتبرت فيه أحكام ذلك الشيء ، وأما ما نعتقه فقدم جواز التملك كالإطعام لواحد ولو في اليوم الثانى لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه (قوله وإن قرب إلى الخ) الحاصل أنه يجب تقديم الإطعام على المسيس ، فإن قربا في خلاله لم يستأنف ، لأنه تعالى ما شرط فيه أن يكون قبل المسيس ، ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وإن كان في حادثة واحدة بعد أن يكونا في حكمين ، والوجوب لم يثبت إلا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس . بيانه أنه لو قدر على العتق أو الصيام في خلال الإطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه ، فلو جوز للعاجز عنهما القربان قبل الإطعام ثم اتفق قدرته فلمز التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمغضى إلى الممتنع بمنع . وفيه نظر فإن القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذى لا يرجى زواله أمر موهوم ، وباعتبار الأمور الموهومة لاثبتت الأحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب ، فالأولى الاستدلال بما ذكرناه أول الفصل من النص ، ولا يعطل بما ذكر للمعنى في غيره (قوله للمعنى في غيره) هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم

في الأيام ، بمخلاف حاجة الإباحة بالإطعام فإنه إذا استوفى حاجته في يوم تنهى حاجته إلى الطعام ولا تتجدد إلا بتجدد الأيام ، و (بمخلاف ما إذا دفع دفعة واحدة لأن التفريق واجب بالنص) وهو قوله - فإطعام ستين مسكينا - ولم يوجد لاحقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج إذا رعى الحصيات السبع دفعة واحدة . قوله (وإن قرب إلى ظاهر منها في خلال الإطعام) واضح . وقوله (والمنع للمعنى في غيره) يعنى توهم القدرة على الإعتاق

وأن نقول : اقتصر على توجيه هذا القول لانتهام وجه القول الأول بحيث يتضمن جواب وجه الثاني مما قدمه تأمل (قال المصنف : لأن التفريق واجب بالنص) أقول : وإن أن تقول المبدأ أيضا مضموم عليه ، فلينبئ أن لا يجوز إطعام مسكين واحد ستين يوما . ويمكن أن يجاب بأن نسبة أمر إلى المقتضى تلبيد عليه لما نعتقه فليعلم أن المقصود تمتد الحاجة وبه يعتمد المسكين الواحد بشكا لتمام (قال المصنف : إلا أنه يمنع من المسيس قبله) أقول : فيه بحث .

(وإذا أطعم عن ظهارين متين مسكيناً كل مسكين صاعاً من برٍّ لم يجزه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد يجره عنهما ، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما) أنه لو بالموذى وقاء بهما والمصرف إليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرق في الدفع . ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة . وإذا لغت النية والموذى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع نقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما إذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما إذا فرق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر

المشروعية فلم تعد مشروعية الكفارة بالإطعام بتخلل الوطء (قوله عن ظهارين) سواء كانا من امرأة أو امرأتين (قوله له الخ) حاصل الوجه أنه وجد مقتضى الوقوع عنهما فيقع ، وذلك لأن مقتضى الإجزاء عنهما صرف الكمية التي تجزى عن كفارتين إلى المحل مقروناً بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيازم حكمه وهو الإجزاء . والجواب منع وجود مقتضى ، وإنما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لأنها إنما اعتبرت لتبميز بعض الأجناس عن بعض لاختلاف الأغراض باختلاف الأجناس ، فلا يحتاج إليها في الجنس الواحد لأن الأغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر في نية مطلق الظهار وبمعناها لا يلزم أكثر من واحد ، وكون المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لأن نصف الصاع أدنى المقادير لا تمنع الزيادة عليه بل نقصان ، بخلاف ما إذا فرق الدفع أو كانا جنسين . وقد يقال اعتبارها للاحتياج إلى التمييز وهو محتاج إليه في أشخاص الجنس الواحد كما في الأجناس ، وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من أنه لو أعتق عبداً عن أحد الظهارين بعينه صح نية التمين ولم تلغ حتى حل وطء إلى عنها ، ومن الصور ظن أنه ظاهر منها فأعتق ثم تبين أنه ظاهر من غيرها لا يجزيه ، ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زيب ، فهنا أيضاً يجب أن لا يلغو

لا يعلم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الأوقات المكروهة . قال (وإذا أطعم عن ظهارين) وإذا أطعم المظاهر عن ظهارين (ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً من برٍّ لم يجزه إلا عن واحدة منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يجزه عنهما ، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما) اتفاقاً (أنه لو بالموذى وقاء بهما) إذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من برٍّ في الصاع وقاء بهما بالعمالة (والمصرف إليه محل لهما) لأن الفقير لا يخرج بأخذ أحد الحقيقتين عن كونه مصرفاً لبقاء الخلقة والنية معينة (فيقع عنهما كما لو اختلف السبب) يعنى أطعم ذلك عن إفطار وظهار (أو فرق في الدفع . ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو) لأن النية للتمييز بين الأجناس المختلفة والفرض علمها فلفت النية (وإذا لغت والموذى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير ، والمقادير تمنع نقصان دون الزيادة فيقع عنها ، كما إذا نوى أصل الكفارة) فإنه يقع عن أحدهما بالاتفاق (بخلاف ما إذا فرق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر) وفي بحث من وجهين : أحدهما أن كل ظهار وجب لسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فيلزم أن يقع عنهما . والثاني أنه لو أعتق عبداً عن أحد الظهارين بعينه صح نية التمين ولم تلغ وإن كان الجنس واحداً ولهذا حل وطء إلى

(قال المصنف : وقال محمد ، يجزه عنهما) أقول : قال الإجماع : وعنى قول محمد أقوى : وبين وجه الترتيب تراجع فسرحة (قال المصنف : ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو) أقول : لا تنطبق ذلك ، فإن من وجب عليه كفارة ظهار فأتى صاعاً شهرين فكان له أن يجعل ذلك من أيها شاء كما يحى به أسطر (قال المصنف : والموذى يصلح كفارة واحدة) أقول : فيجب القول به لظاهر الفقهاء ، ولكن يخرج من المسألة بيقين (قوله وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن كل ظهار وجب الخ) أقول : المظاهر أنه المذهب مقدور : أي لكل كفارة ظهار

(ومن وجبت عليه كفارتاظهار فأعتق رقتين لاينوي عن إحداهما بعينها جاز عنهما، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكيناً جاز) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى نية معينة (وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء . وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر : لا يميزه عن أحدهما في الفصلين . وقال الشافعي : له أن يجعل ذلك عن أحدهما في الفصلين لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد . وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد ، وليس له أن يجعل عن أحدهما بعد ما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده . ولنا أن نية التعيين

لثبوت الغرض الصحيح في نية الظهارين وهو حلها معا . أوجب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين ، فإن محلها في الإطعام مائة وعشرون مسكيناً ، بخلاف صورة الإعتاق ، وهذا يصير أصل الجواب تسليم وجوب المقضى وادعاء المانع ، وهو رجوع وانقطاع عن طريق الأول إذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد . ثم قل يقال عليه أن اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر إلى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة باعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على أن وظيفة الواحد مشتمكة بالنسبة إلى كفارة أخرى فهو كمحتاج آخر بالنسبة إليها فادفع لإلزام قيام الحاجة بالنسبة إلى كفارة أخرى (قوله وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) هذا إذا كانت الرقبة مؤمنة ، فإن كانت كافرة صحح عن الظهار لأن الكافرة لا تصلح كفارة للقتل فتعين للظهار (قوله في الفصلين) هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه (قوله لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود) وهو السر وإذ هاب أثر تلك الجفانية (جنس واحد) ولذا حمل المطلق منهما على المقيد في الأخرى (قوله لخروج الأمر من يده) فإنه وقع فلا بد لا يصح إعناق نصف رقبة عن كفارة

عينا . وأوجب عن الأول بأن النية معتبرة في الجنسين لأنها كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد ، وعن الثاني بأن إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدرا ومحل فصحت نيته . فأما إطعام ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً ، فإن صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح لما عدا لأن محلها مائة وعشرون مسكيناً عند عدم التفرقة ، فإذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطاً ، كما لو أعطى ثلاثين مسكيناً كل واحد صاعاً . وقوله (ومن وجبت عليه كفارتاظهار) ظاهر . وقوله (كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) جواب الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لخروج الأمر من يده (وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) . وقال زفر : لا يميزه عن أحدهما في الفصلين (يعني في متحد الجنس ومختلفه) وقال الشافعي : له أن يجعل عن أيهما شاء في الفصلين . لأن الكفارات باعتبار اتحاد المقصود (وهو السر) (جنس واحد) والنية في الجنس الواحد غير مفيدة في نية أصل الكفارة ، ولو نوى أصل الكفارة كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء فكلنا هذا (وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له أن يجعل عن أحدهما لخروج الأمر من يده . ولنا أن نية التعيين

(قوله وأوجب عن الأول بأن النية معتبرة في الجنسين لأنها كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد) أقول : فيه بحث : فإن لك أن تقول إنها بمنزلة اختلاف السبب والمطلب كليهما ، ثم قد يمتنع السبب مع تعدد الكفارة كما إذا ظاهر من نسيان يلفظ واحد على ما تقدم قيل الفصل ولا يمكن ذلك في الظهريين فتأمل (قوله فاما إطعام ستين مسكيناً الخ) أقول : فيه بحث فإنه لم يأت في التفرقة الحكم بنية التوزيع كما كفى التمتع الحكم بها إذا أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً فليقل

في الجنس المتحد غير مفيد فتلفو ، وفي الجنس المختلف مفيدة . واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب . نظير الأول إذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد . ونظير الثاني إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز ، والله أعلم .

وبذلك خرج من يده إمكان أن يجعله عن إحداهما لأنه بعد ما وقع على وجه لا يتقلب إلى غيره (قوله فتلفو) وإذا لغت بقية مطلق الظهار فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقها في الابتداء (قوله واختلاف الجنس الخ) لما اختلفت باختلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد ما به الاختلاف والاتحاد ، فاختلاف سببه فهو المختلف ، وما لا فالمتحد ، والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهريين من يومين لاختلاف السببين : أحق الوقتين حقيقة وحكما . أما الحقيقة فظاهر ، وكذا حكماً لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بالدلوك وهو من يوم غيره من آخر ، بخلاف صوم رمضان لأنه ملحق بشهود الشهر وهو واحد جامع للأيام كلها بلياليها ، فكل يوم وإن كان سبباً لصومه فكذلك شهود الشهر ، فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان : شهود الشهر ، وخصوص اليوم . فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضاائه إلى تعيين يوم السبت مثلاً أو يوم الأحد ، وشرط في الصلوات فإن تعلل عليه معرفة يوم الظهريين بنى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه لم يكن ساقط الترتيب ، وقد أسلفناه في باب شروط الصلاة ، وكذا شرط التعيين في اليومين من رمضان فينبى عما علم من رمضان الأول أو الثاني لاختلاف السبب مطلقاً لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما . ولو نوى ظهراً وعصرًا أو ظهراً وصلاة الجنائزة لم يكن شارعاً في شيء منهما للثاني وعدم الرجحان ، بخلاف ماله نوى ظهراً وتفلأ حيث يقع عن الظهر عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ترجيحاً بالأقوى ، ولا يصير شارعاً عند محمد أصلاً للثاني ، ولو نوى صوم القضاء والنذر أو الزكاة والتطوع أو الحج المنثور والتطوع يكون تطوعاً عند محمد لأن التبيين لما

في الجنس المتحد لغو) قبل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد وكان لغوا ، وإذا لغت صار كأنه اعتق رقبة عن الظهارين ولم يتوعدهما ، وذلك جائز وله أن يصرفها إلى أيهما شاء . فكل ذلك هنا ، بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما . فإن قيل : لا نسلم اختلاف الجنس . فإن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق في القتل والظهار واحد . أجاب بقوله (واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب) فإن القتل يخالف الظهار لعمالة ، واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لأن الحكم ملزوم السبب ، واختلاف الوازم يدل على اختلاف الملزومات . ولما اختلف الجنس صحت النية فكان إعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ، ثم ينظر المصنف لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في القوائد الظهيرية فقال (نظير الأول) يعنى الجنس المتحد (إذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد) بناء على ما ذكرنا من إلغاء نية التوزيع وبقاء أصل النية إذ الجنس متحد (ونظير الثاني) يعنى الجنس المختلف (إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز) فإن نوى من الليل أن يصوم غداً صاماً كانت النية معتبرة ولا يصير صائماً إذ الجنس مختلف . واعتبر على هذا بما إذا نوى عن قضاء ظهريين عليه فإن الجنس متحد وتعين النية لا بد منه وإلا لا يقع عن واحد منهما . وأجيب بأننا لا نسلم اتحاد الجنس لأنه يختلف باختلاف الخطأ والسبب . فإن لكل منهما سبباً وخطأياً على حدة ، بخلاف الصوم فإن الجميع ثابت بخطأ . فليصيه - من أول الشهر الخ -

(باب اللعان)

قال (إذا قذف الرجل امرأته بالزنا

بطلنا بالتعارض بقى مطلق النية وبها يصح النقل ، وعند أبي يوسف يقع عن الأقوى لأن نية التطوع غير محتاج إليها فلفت بقى نية القضاء . ولو نوى حجة الإسلام والتطوع فهو عن حجة الإسلام اتفاقا عند أبي يوسف لما ذكرنا ، وعند محمد لأنه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقى مطلق النية وبه تتأدى حجة الإسلام ، والله أعلم . ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا ، وفي القياس يكون تطوعا ، وهو قول محمد لتدافع التيتين ، فصار كأنه صام مطلقا . وجه الاستحسان أن القضاء أقوى لأنه حتى الله تعالى على الخواص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء . وعن محمد فحين نذر صوم يوم بعينه فتواه وكفارة اليمين أنه عن النذر لأنه نفل في أصله ، وقدمنا هذا في كتاب الصوم ، وذكرنا إزام محمد شروعه في النفل في صورة نية الظهور والنفل خارج إليه فليكن هذا رواية عنه فيه . وهذا وبما يعكر على الأصل المهد ما عن أبي يوسف في المتقى : أو تصديق عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحسانا ، والله الموفق .

(باب اللعان)

هو مصدر لآعن سباعى لا قياسى ، والقياس الملاعة ، وكثير من النحاة يجعولان الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والإبعاد ، يقال منه اللعن : أى لعن نفسه ، ولآعن إذا فاعل غيره ، ومنه رجل لعنة يفتح العين إذا كان كثير اللعن لغيره ، وبسكونها إذا لعنه الناس كثيرا . قال :
والضيف أكرمه فإن ميته حتى ولا تلك لعنة للنزل

. وفي الفقه : هو اسم لما يجرى بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة ، سمى ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب ، وهو أيضا موجود فيه لأنه في كلامها وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح . وشرطه قيام النكاح وما سبكه . وسببه قذف زوجته بما يوجب الحد في الأجنبية . وركنه ذلك المفهوم . وحكمه حرمتها بعد التلاع على ما سبأت ، وأهله من كان أهلا للشهادة . (قوله إذا قذف الرجل امرأته بالزنا) بأن يقول أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يازانية ، هذا مذهب

(باب اللعان)

قد تقدم وجه المناسبة في أول الظهار . واللعان في اللغة : الطرد والإبعاد ، يقال لآعنه ملاعة ولعانا ، ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وإن كان فيه الغضب أيضا لأن اللعن من جانب الرجل وهو مقدم ، وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب ، وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الأجنبية ، وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لايجرى اللعان بينهما . وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين . وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان . قال (وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا

(باب اللعان)

(قوله ثم لقب الباب باللعان الخ) أقول : تسمية لكل باسم جزئه (قوله وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان)

وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحسد قاذفها أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه العان

الجمهور ، وفي المشهور عن مالك : لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد ، وهو قول الليث وعثمان بن يحيى بن سعيد . واستضعف بأن الكل رى بالزنا وهو السبب فلا فرق (قوله وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها على المسلم فلا يجرى العان بين الكافرين والملوكين ، ولا إذا كان أحدهما مملوكا أو صبيبا أو مجنونا أو محدودا في قذف . وأورد أنه يجرى بين الأعمىين والفاسقين مع أنه لا أداء لهما . ودعي بأنهما من أهله إلا أنه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الأعمى بين المشهود له وعليه ، وهنا هو يقتدر على أن يفصل بين نفسه وأمراته فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها . وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضى الله عنه أن الأعمى لا يلان عن (قوله ممن يحسد قاذفها) فلو كانت لا يحسد قاذفها بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد وليس له أب معروف أو زنت في عمرها ولو مرة أو وطئت وطأ حراما بشبهة ولو مرة لا يجرى العان . وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحسد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل أيضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحسد قاذفه لا يجرى العان أيضا وإن كانت هي ممن يحسد قاذفها . وأجاب في النهاية بأن العان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من إحصائها حتى يقع مقام حد القذف ، وعند عدم إحصائها قذفها لا يكون موجبا شيئا لأحد القذف ولا العان ، أما قذف الرجل عند عدم إحصائه لموجب ما هو الأصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم إحصائه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن يحسد قاذفه إذ الحد أصل العان فكان في معنى العان . قال في شرح الكفر : هذا خطأ فاحش لأن من شرط العان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة ، وكونه ممن لا يحسد قاذفه كالأزاني لا يخل بهذا الشرط

وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها ولهذا لا يجرى بين المملوكين (والمرأة ممن يحسد قاذفها) حتى لو لم تكن من ذلك بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجرى بينهما (أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه العان) فإن قيل : العان يجرى بين الأعمىين والفاسقين وليس من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحسد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل أيضا حتى لو كان ممن لا يحسد قاذفه لا يجرى وإن كانت ممن يحسد قاذفها . أجيب عن الأول بأنهما من أهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز ، كذا في شرح الطحاوى والجامع الصنوبر لقاضيخان . وعن الثاني بأنه إنما يشترط كونها ممن يحسد قاذفها لتلا محلو القذف عن إيجاب حكم ، فإنها إذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حد . ولا لعان لأن العان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضى إحصائها ، بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحسد قاذفه وقذف فإنه يحسد حد القذف ، فلم

أقول : وفي الكفاية لاتقع التهمة بتس العان لو طلقها في هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو أكلت لنفسه له الرط . من غير تجديده النكاح أم (قوله وتخصيص المرأة بكونها ممن يحسد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل أيضا) أقول : قال العلامة الزيلعي : هذا خطأ فاحش لأن من شرط العان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة وكونه ممن لا يحسد قاذفه كالأزاني لا يخل بهذا الشرط ، لأن العان يجرى بين الفاسقين ، وإنما اشترط ذلك فيها ليثبت حقتها لأن حد القذف لا يجب إلا إذا كان الملقوف حقيقا عن الزنا ، فكذا العان لأنه قائم مقام حد قذفها ، وهذا لأن من شرط العان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد ، وإذا لم تكن ممن يحسد قاذفها ليس لها إجمالية بذلك فلا يصور العان ولم يوجد في حقه هذا الميث فلا معنى معه . قال العلامة الإمام كال الدين بن الهمام : إن العان أن المرأة هي الملقوفة دون ما تضمنت بانتراط كونها ممن يحسد قاذفها بهذا اشتراط أهلية الشهادة ، بخلافه ليس بمقدور وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحسد قاذفه والله أعلم أم (قوله لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز الخ) أقول : وكذا المحدود في القذف .

والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدة بالآيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى - ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم - والاستثناء إنما يكون من الجنس ، وقال الله تعالى -

لأن اللعان يجري بين الفاسقين ، وإنما اشترط ذلك فيها لثبوت عفتها لأن حد القذف لا يجب إلا إذا كان المقلوف عفيفاً عن الزنا ، فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها ، وهذا لأن من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد ، وإذ لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى يمتنع اهـ . الحاصل أن المرأة هي المقلوفة دونه فاخصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقلوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونها ممن يحد قاذفه (قوله والأصل) أى إن الأصل في اشتراط أهلية الشهادة فيهما ، واشتراط كونها مع ذلك حقيقة ممن يحد قاذفها أن اللعان شهادات مؤكدة بالآيمان ، فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة ، وأنه قام مقام حد القذف في حقه : أى قذفه لما فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها إن كان صادقاً (قوله عندنا) قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف . فعند الشافعي اللعان آيمان مؤكدة بالشهادات ، وهو الظاهر من قول مالك وأحمد من كان أهلاً لليمين وهو من يملك الطلاق ، فكل من يملكه فهو أهل له عنده ، فيجب اللعان من كل زوج عاقل وإن كان كافراً أو عبداً ، وعن مالك وأحد رواية كقولنا وجه قوله تعالى - فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله - لقوله تعالى « بالله » يحكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين ، ألا ترى أنه لو قال أشهد بنوى اليمين كان يميناً ، فحملنا المحتمل على الحكم ، لأن حمله على حقيقة متعذر لأن المفهوم في الشرع عدم قبول شهادة الإنسان لنفسه بخلاف يمينه ، وكذا اليهود شرعاً عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فإنه معهود في القسامة ، ولأن الشهادة محلها الإثباتات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتيها بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما وعجاز الآخر ، فليكن الجواز لفظ الشهادة لما قلنا من المرجحين المذكورين ، وهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه أن يقال آيمان مؤكدة بآيمان لا آيمان مؤكدة بالشهادة . ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الإمكان ، وقوله تعالى - ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم - أثبت أنهم شهداء لأن الاستثناء من النفي إثبات ، وجعل الشهداء عجزاً عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن

يحل القذف عن إيجاب حكم . وقوله (والأصل) اعلم أن موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الأجنبية لعوم قوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية ، ولما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه قال « كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصاري فقال : يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلاً فإن قتل قتلتموه وإن تكلم جلدتموه وإن سكنت سكنت على غيظ ، ثم قال : اللهم افتح ، فزلت آية اللعان ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قال لعل بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن صهما : « اثبت بأربعة من الشهداء يشهدون على صديق مقاتلك » ولا تجلد على ظهرك » فقال الصحابة : الآن يجلد لعل بن أمية فيبطل شهادته في المسلمين ، فثبت أن موجب القذف في الزوجة كان الجلد ثم انتسخ ذلك باللعان ، فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة على أن الأصل في اللعان أن يكون شهادات مؤكدة بالآيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لأن الله تعالى قال - والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم - ووجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء . والأصل في الاستثناء أن يكون من الجنس ، ولا شهداء إلا بالشهادة ولا شهادة فيها نحن فيه إلا كلمات اللعان فبطل أنها شهادات أكسبت بالآيمان نفياً للهمة ، وقال الله تعالى - فشهادة

- فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله - نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ، ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا ،

لم حالفون إلا أنفسهم ، وهو غير مستقيم لأنه يفيد أنه لما لم يكن للذين يرون أزواجهم من يحلف لم يحلفون هم لأنفسهم ، وهذا فرع تصور حلف الإنسان لغيره وهو لا وجود له أصلا ، فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه إلى مجازة فكيف وهو مجازي لها ، ولو لم يكن هذا كان إمكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وهذا صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله قبول الشهادة لنفسه وتكرر الأداء لعهدهما . قلنا : وكل من الحلف لغيره والحلف لإيجاب الحكم لعهده به ، بل اليمين لدفع الحكم . فإن جاز لمن له ولاية الإيجاد والإعدام والحكم كيفما أراد شرعية هذين الأمرين في محل بيانه ابتداء جاز له أيضا شرعية ذلك ابتداء ، ثم هما أقرب في القول لعقوبة كون التعدد في ذلك المثل أربعة بدلا عما عجز عنه من إقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا ثبتت عند علمها أعظم ثبوت . قال الله تعالى - شهد الله أنه لا إله إلا هو - فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين وإلزام اللعنة والغضب إن كان كاذبا مع عدم ترتب موجبا في حق كل من الشاهدين ، إذ موجب شهادة كل واحد إقامة الحد على الآخر ، وليس ذلك بثبت هنا ، بل الثابت عندهما ما هو الثابت باليمين وهو انطباع موجب دعوى كل عن الآخر ، وإنما قلنا عندهما ولم نقل بهما لأن هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما . وأما قوله اليمين للثنى إلى آخره فحلها ما إذا وقعت في إنكار دعوى مدع وإلا فقد يحلف على إيجاب بأمر نبي أو وليات ، وهنا كذلك فإنها على صلتها في الشهادة . والحق أنها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما إذا جمع أيمان على أمر واحد يخبر به فإن هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة ، إذ لو اختلف متعلقهما لم يكن أحدهما مؤكدا للآخر ، وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط أهلية الشهادة وعدمها (قوله قائمة مقام حد القذف في حقه)

أحدهم أربع شهادات بالله - نص على الشهادة واليمين ، فقلنا : الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ، ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا تأكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لأنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد في الحديث ولأنهن يكثرن اللعن ويكثرن الشير وسقطت حرمة اللعن عن أصنهن ففساهن يخرتن على الإقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لمن عن الإقدام . فإن قيل : ما معنى إقامة الشهادة مقام الحد في الطرئين وما المناسبة بين الحد والشهادة ؟ أجيب بأن الحد زاجر ، والاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الخلاك ، وفي ذلك زجر عن الإقدام على سببه . فإن قيل : لو كان اللعن قائما في حقه مقام حد القذف يجرى كجرماته في الإلحاد والتعدد ، وليس كذلك فإن من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة أو في كلام متفرق فعليه أن يلاعن كل واحدة ثنتين على حدة ، وإن قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حد القذف من مرة واحدة . أجيب بأن اللعن قائم في حقه مقام حد القذف بلفظ امرأته لا مطلقا لأنه صار بدلا عما كان يلزمه في الابتداء بلفظها فلا يرد عليه الأجنبيات ، على أن ذلك الاختلاف لا اختلاف المقصود ، فإن المقصود هناك دفع غار الزنا عنهن وذلك يحصل

(قوله سبب الخلاك) أقول : وكذا في جانبها (قوله أجيب بأن اللعن قائم ، إذ قوله ، فلا يرد عليه الأجنبيات) أقول : فيه بحث ، إذ الظاهر أن حكم نساءه في الابتداء كان حكم الأجنبيات فيعوجه السؤال ويحرم به ثلاثة أسطر .

إذا ثبت هذا نقول لابد أن يكونا من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة ولا بد أن تكون هي من يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من إحصائها ، ويجب بنى الولد لأنه لما بنى ولدها صار قاذفها لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة ، كما إذا بنى أجنبي نسيه عن أبيه المعروف ، وهذا لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به ، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ،

أى بالنسبة إلى كل زوجة على حدة مطلقا : ألا يرى أنه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لا يجره لعان واحد هن ، بل لابد من أن يلاعن كلا منهن على حدة ، ولو كن أجنبيات فقدفنهن حدًا واحدًا هن . وسبب هذا الافتراق أن المقصود يحصل في إقامة الحد الواحد لكل وهو دفع العار عنهن ، ولا يحصل ذلك في اللعان إلا بالنسبة إلى كل واحدة ، ويتعلم اجتماع الكل في كلمة (قوله ويجب بنى الولد) هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره ، ويجب إرادة هذا الإطلاق ، فقوله في الغاية أو بنى نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد ، لأنه لو بنى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفها كما لو نفاه عنه أجنبي فيكون موجب اللعان لما تلونا كلا في شرح الكنز (قوله ولا يعتبر احتمال الخ) جواب عن مقدر تقديره إن النفى ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا . أجاب بأنه احتمال لا يعتبر لأن النسب وإن كان مما ثبتت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته إلا من هذا الفراش القائم . فإذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستأزم كونه عن زنا فكان قذفا مالم يظهر خلافه ولم يظهر بعد ، وإنما بقى فيه احتمال كونه في نفس الأمر عن غير زنا ولا عبرة به . فإن هذا الاحتمال قائم بعينه فيما إذا صرح بنسبة أمه إلى الزنا به ، ثم شبه بما إذا بنى أجنبي نسيه عن أبيه المعروف : يعنى فإنه يكون قذفا موجبا للحد وإن كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح ، بخلاف ما في المحيط من أنه إذا بنى الولد فقال ليس بابن ولم يقذفها بالزنا لالمان بينهما لأن النفى ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال . وفي النهاية والدرية جعلنا هذا قول الشافعي ، ثم قال : وأجمعوا أنه لو قال لأجنبية ليس هذا الولد الذى ولدته من زوجك لا يصير قاذفا مالم يقل إنه من الزنا .

إقامة حد واحد ، وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعلم الجميع بينهن بكلمات اللعان ، فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض ، والمقصود التضييق بينه وبينهن ، ولا يحصل ذلك بلعان بعضهم فيلاعن كلا منهن على حدة ، حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه من حد واحد لأن موجب قذفهن الحد حيثنل ، والمقصود يحصل بحد واحد . كما في الأجنبيات ، وإنما قيد بقوله عندنا لأن عند الشافعي اللعان إيمان مؤكداً بالشهادة ، فمن كان أهلا لليمين كان أهلا للعان . قال (إذا ثبت هذا نقول) يعنى إذا ثبت أن الأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدة بالآيمان تقول (لابد أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة ، ولا بد أن تكون المرأة من يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الإحصاء ، ويجب بنى الولد لأنه لما بنى ولدها صار قاذفها لها) كما إذا بنى أجنبي نسب ولد عن أبيه المعروف فإنه يكون قذفا للمرأة فكذلك هذا (ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به ، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به) وقال الشافعي : لا يصير بنى الولد قاذفا لها مالم يقل ولده من الزنا بل من الوطء بشبهة كما لو قال لأجنبية ليس هذا الولد الذى ولدته من زوجك فإنه لا يصير قاذفا مالم يقل ولد من الزنا

(قوله فإنه لا يصير قاذفا) أقول : غalt لما مر آنفا

ويشترط طلبها لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق (فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

قال : والقياس ما قاله الشافعي إلا أننا تركناه لضرورة في اللعان لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه ، إما لأنه لم يقربها أو عزل عنها عزلا يينا ولا يدرى من أين هو : يعني فيحتاج إلى نفيه لأنه لا يستلحق من ليس منه بقينا ولا يتمكن منه إلا باللعان ، وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة : وهذه الضرورة منعقدة في حق غيره . وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية ، والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقريره قوله في الكتاب : ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد الخ ، لأنه يصير قاذفا بالإجماع مع وجود هذا الاحتمال ، كما في نفي أجني نسبة عن أبيه المعروف ، ونقله من الإيضاح والمبسوط ، ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية . ثم أورد صورة الأجنبية مقيسا له عليه . فقال : كما لو قال لأجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لأجنبية وبين قوله لزوجته ، وهو تناقض ظاهر ومغالفا لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالإيضاح والمبسوط وغيرهما : وما في كتاب الحدود فإنه قال : ومن نفي نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه بعد ، قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره : لو قال وجدت معها رجلا يحامها ليس بقذف لما لأنه يحتمل الحمل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا : يعني في نفي نسب ولده من زوجته . أجيب عنه بأن جعلناه كالنصر صريح بالزنا للضرورة التي يبينها . قلت : وعلى ما هو الحق فالجواب أن الجماع لا يستلزم الزنا ، بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررناه فإنه يستلزمه (قوله ويشترط طلبها) وبه قالت الأئمة الثلاثة لأنه أي اللعان حقها لأنه لدفع العار عنها فيشترط طلبها ، بخلاف ما إذا كان القذف بنفي الولد ، فإن الشرط عليه لاحتياجه إلى نفي من ليس ولده عنه (فإن امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) فيحد . وعند الشافعي : إذا امتنع حده حد القذف ، وكذا إذا لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا ، وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب ، لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه . والأوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط . وفي بعض النسخ :

بالاتفاق . قال شيخ الإسلام : والقياس ما قاله ، إلا أننا تركناه لضرورة في اللعان ، لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن يطمأها أو عزل عنها عزلا يينا ولكن لا يعلم أنه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكفي بنفي الولد حتى ينفي عنه نسب الولد ، وهذه الضرورة معدومة في حق الأجنبي (ويشترط طلبها) بموجب القذف (لأنه حقها) لأنه باللعان يندفع عار الزنا عنها (فلا بد من طلبها كسائر الحقوق) ، فإن امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب (وفي نسخة : ليرتفع الشين ، ومعنى النسخة الأولى ليرتفع السبب : أي سبب اللعان : أي علته وهو التكاذب لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا ، وأما إذا أكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في أنها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك . وأما النسخة الأخرى فقيل إنها محيرة على زعم أن سبب اللعان لا يرتفع بالإكذاب بل يقرر : ألا ترى أنه يجب عليه الحد بالإكذاب وهو الأصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ، ومن الناس من قال : أراد بالسبب الشرط لأن التكاذب شرط اللعان : قيل قوله وهو قادر على إيفائه احتراز عن المدينين المفلس ، فإن الدين حتى مستحق عليه

(ولولاعن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص إلا أنه يتبدأ بالزوج لأنه هو المدعى (فإن امتنعت حسبها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) لأنه حق مستحق عليها وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه (وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً

فيرتفع الشين . وهذا إذا اعترف بالقتل ، فلو أنكروا فأقامت بيعة قبلت ولزمه اللعان . وفي الجاهل : لو مات الشاهدان أو غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى ، بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما ، وفي بعض نسخ القدوري : أو تصدقه فتحد وهو غلط ، لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة ، وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لأن التصديق ليس بإقرار قصداً بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درته فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ، ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما ، لأن النسب إنما يتقطع حكماً للعان ولم يوجد . وهو حق الولد فلا يصدقان في إبطاله . وجه قول الشافعي أن الواجب بالقتل مطلقاً الحد بمصوم قوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم - إلا أنه يتمكن من دفعه فيها إذا كانت المظلومة زوجة باللعان تخفيفاً عليه . فإذا لم يدفعه به يحد ، ومثله في المرأة إذا لم تلاعن بعد ما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه . فإذا امتنعت حدث بالزنا . ويشير إليه قوله تعالى - ويدلأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله - قلنا قوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم - إلى قوله تعالى - فشهادة أحدهم أربع شهادات - أي فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف أن فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيراً فأقاد أن الواجب في قتل النساء اللعان ، فلما أن يكون ناصحاً أو مخصصاً لمصوم ذلك العام للإجماع على أنه ليس بمنسوخ ، وعلى التقديرين يازم كون الثابت في قتل الزوجات إنما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن إيفائه بل تحبس لإيفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن إيفائه لا يعاقب ليوفيه . والثابت عندنا أنه بطريق التسخ لأنه لم يقارن العام وهو مخصص أول ، وللعلم بتأخره على ما رووا أنه صلى الله عليه وسلم قال للذي قتل امرأته « ات بأربعة شهداء وإلا فحد » على ظهورك فزلت آية اللعان ، ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحد لجواز كونه الحبس . وإذا قام الدليل على أن اللعان هو الواجب وجب حله عليه . قيل : والعجب من الشافعي لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وإن كان عبداً فساقاً . وأعجب منه أنه يمين عنده وهو لا يصلح لإيجاب المال ولا إسقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحد عن نفسه وأوجب به الرجم الذي هو أغلظ الحدود على المرأة ، فإن قال : إنما وجب عليها لتكولها بامتناعها عن اللعان . قلنا : هو أيضاً من ذلك العجب ، فإن كون التكول لإقرارا فيه شبهة ، والحد مما يندفع بها مع أنه غاية ما يكون بمنزلة الإقرار مرة ، ثم إن عنده هذه الشبهة أثرت في منع إيجاب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو أغلظ الحدود وأصعب إثباتاً وأكثر شروطاً . وفي كافي الحاكم : إذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحد هي ، وإن كان الزوج قتل وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج (قوله أو كافراً)

لكنه غير قادر على إيفائه فلا يحمس (ولولاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص) وهو قوله تعالى - فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله - وقوله (إلا أنه يتبدأ بالزوج لأنه هو المدعى) بناء على أن اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعى والاستثناء بمعنى لكن كأنه استشعر أن يقال المتلون من النص لا يدل على المبدوء به فقال إلا أنه يتبدأ به . وقوله (فإن امتنعت) ظاهر (وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً) بأن كانا كافرين فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل

أو محمدا في قذف فقتل امرأته فعليه الحد) لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيعصار إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات الآية - واللعان خلف عنه (وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت من لا يحد قاذفها) بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لانعدام أهمية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته - والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم : اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر ، والحرّة تحت المملوك »

صورته ما إذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هي فقتلها الزوج قبل عرض الإسلام عليه (قوله فيعصار إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات -) يعنى الحد ، ولا تحرير في هذا الكلام إلا أن يكون الموجب الأصلي هو الحد في حق العموم . وقد جعل له أن يسقطه باللعان كما قال الشافعي . وأما على ماقررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجود في قذفهن لارتفاح المنسوخ فلا يجوز المصير إليه فيمن لأنه مصير إلى غير حكمه ، والدليل بتغييه . والحق في التقرير أن يقال : النص إنما نسخ حكم الحد في حق من كان من أهل الشهادة من الأزواج لا في كل زوج لأن لفظة الناسخ - ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم - تنفيذ ذلك فيبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلا فيعمل بمقتضاه (قوله وإن كان) أى الزوج (من أهل الشهادة) وهى ليست من أهلها أو من أهلها إلا أنها لا يحد قاذفها بأن تكون قد زنت في عمرها فلا حد ولا لعان . وهو ظاهر فيها إذا كانت لا يحد قاذفها ، أما إذا كانت ممن يحد قاذفها إلا أنها ليست من أهل الشهادة بأن تكون عفيفة محدودة في قذف ، فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال أنها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه . والجواب أن الزوج لما كان أهلا للعان بأن كان أهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه إلا اللعان لا الحد ، فإذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب . بخلاف ما إذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فإن حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا (قوله والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أربعة لا لعان بينهم ») أخرج ابن ماجه في سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أربعة من النساء لا ملأعنة بينهم : النصرانية تحت المسلم ، واليهودية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرّة تحت المملوك » وأخرجه

أن يعرض عليه الإسلام (أو محدودا في قذف فقتل امرأته فعليه الحد لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته) لأنه ليس من أهل الشهادة (فيعصار إلى الموجب الأصلي) وهو حد القذف (الثابت بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات الآية) فإنه كان هو المشروع أولا . ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرائط ، فإذا عدت صير إلى الأصل . وقوله (وإن كان) هو (من أهل الشهادة) ظاهر . وقوله (والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم : اليهودية ، والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرّة تحت المملوك » قيل : وهذا الحديث لم يوجد له أصل في كتب الحديث ، ولكن أبو بكر الرازي ذكره في شرحه مختصرا الطحاوى بإسناده عن عبد الباقي إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم

ولو كانا محلودين في قلب فعلية الحد لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته إذ هو ليس من أهله

الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الواقصي عن عمرو بن شعيب ، وأخرجه بالطريق الأول أيضا وقال وتابعه : يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف . وروى عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم يرفعه ، ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواه . وأنت علمت أن الضعيف إذا تعددت طرقه كان حجة ، وهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الإمامين إياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب ، على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذي ذكرناه من أنه شهادات إلى آخره (قوله ولو كانا محلودين فعلية الحد) لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته ، وكذا إذا كان هو عبدا وهي محلوذة في قلب محلهما ذكرنا ، بخلاف ما إذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وإن امتنع من جهته لأن قذف الأمة والكافرة لا يوجب ، بخلاف قذف المحلوذة إذا كانت عفيفة ، فإنه لو قذفها أجنبي يحد فكذلك الزوج ، ولو قذف الكافرة أو الأمة أجنبي لا يحد فكذلك الزوج ، فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين . وعند الشافعي وغيره يباح في الكل لأن كل من هو من أهل البيت فهو أهل له ، إلا إذا كان أحدهم صغيرا أو مجنونا . قيل عليه كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها ، فكان ينبغي أن تراعى الجهتان ، فاعتبار جهته ينبغي أن ينتفى اللعان فقط . وباعتبار جهتها يسقط اللعان فينبه سقوط الحد . والجواب أن القذف يوجد أولا منه ، وهو مقتضى اللعان إن كان أهلا للشهادة ، والحد إن لم يكن ، وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع إلا بعد وجود المقتضى لأن مفهوم المانعة يقتضي ذلك ، إذ حقيقته نسبتة إلى المقتضى بالمانع ، ولا وجود لمقتضى اللعان فلا تعتبر المانعة من جهتها اللعان ، والحد إنما يسقط بما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ، ولم يعتبر السقوط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فإن قذف الزوج موجب للحد

قيل : كفى بأبي بكر الرازي لعدائته وضبطه وفقهه مقتدى (ولو كانا محلودين في قلب فعلية الحد) لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة . فإن قيل : فلا اعتبر جانبها أيضا وهي محلوذة في القذف درأ للحد ؟ أوجب بأن المانع عن الشيء إنما يعتبر مانعا إذا وجد المقتضى لأنه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضيه ، وإذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان ، فلا يعتبر المانع والقذف نفسه موجب الحد فيحد ، بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبها فإنه ينقد قذفه مقتضيا له ، فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محلوذة في قلبه بطل المقتضى فلا يجب الحد لأنه لم ينقد له بل ينقد اللعان ولا لعان لبطالته بالمانع . ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهي مملوكة أو مكاتبه فإنه لا حد عليه ولا لعان ، وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لأنه ليس من أهل الشهادة فلم ينقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لأن القذف يوجب . وأوجب بأن في العبد شبهة الأهلية لأن له شهادة بعد العتق فاعتبرت درأ للحد وليس كذلك المحلود في قلب .

(قوله يجب عليه الحد) أقول : كيف يجب الحد والمقلوذة غير محبة ، بخلاف قذف المحلوذة في القذف فإنه لا ينافي الإحصان (قوله لأن له شهادة بعد العتق) أقول : نعم لهذا ينبغي أن لا يحد الزوج التافه إذا كان عبدا وهي محلوذة في قلب مع أنه يجب ألا أنه كلام على السند الأعصم صرح به ابن القيم .

(وصفة اللعان أن يتدعى القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميته به من الزنا ، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا . يشير إليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) والأصل فيه مانولاه من النص . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميته به من الزنا لأنه أقطع للاحتيال . وجه ما ذكر في الكتاب أن لفظة المغايبه إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الاحتيال . قال (وإذا اتعنا لاتفق الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما)

(قوله وصفة اللعان الخ) ظاهر في تعيينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية . وفي البدائع : ينبغي أن يعيد اللعان عليها لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدر في شهادة الزوج فلا يصح إلا بعد وجود شهادته . ولهذا يبدأ بشهادة المدعى في باب الدعوى ، ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا ، فإن لم يعد حتى فرق بينهما فلفت الفرقة لأن تفرقة صادف محل الاجتهاد لأنه يزعم أن اللعان يمين لا شهادة . ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى كتحالف المتبايعين فإنه لا يلزم مراعاة الترتيب ، ومقتضاه لزوم الإعادة كقول الشافعي ، لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب إعادته وبه قال مالك وهو الوجه لأن النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدائرة عنها بقوله - ويلدأ عنها العذاب أن تشهد - ولأن الفاء دخلت على شهادته على وزن ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه عقب جملة الأفعال للقيام إلى الصلاة وإن كان دخول الفاء على غسل الوجه فافترضه .

[فروع] قلدها ثم قلها باثنا سقط اللعان ولا يجب الحد ، ولو تزوجها بعد ذلك لأن الساقط لا يعود وهو قول الأئمة الأربعة ، ولو قلبت أجنبية ثم تزوجها ثم قلدها ثانياً وجب الحد بالأول واللعان بالثاني ويحد للأول ليسقط اللعان ، ولو طلبت اللعان أولاً يلاعن ثم يحد . بخلاف حدود القذف إذا اجتمعت فإنه يكفي حد واحد لا محاد الجنس ، ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو زنت قبل أن أتزوجك فهو قذف في الحال فتلاعن ، وقال مالك والشافعي يحد . وما في خزائن الأكل من أنه يلاعن في قوله زنت قبل أن أتزوجك ويحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه قلدها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردتها ، ولو أسلمت بعده لا يعود . ولو قلدها ثم أبانها يسقط اللعان ، ولو أكلت نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو أكلت نفسه بعد اللعان (قوله لأنه أقطع للاحتيال) أي لاحتمال أن يضمر مرجعاً للضمير الغائب غيرها ، بخلاف الخطاب ، وتقول هي أيضاً إنك لمن الكاذبين فيما رميته به من الزنا ، والأولى أن يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التثنى (قوله) إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتيال . يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لأن المراد أن انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لأن الإشارة بانفرادها لا احتمال معها (قوله لاتفق الفرقة) حتى لو مات أحدهما قبل تفريق القاضي ورثه

قوله (وصفة اللعان أن يتدعى القاضي) صفة اللعان على ما ذكره في الكتاب وهو واضح . وقوله (فإذا اتعنا لاتفق الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تخيير الحاكم توارثا

(قال المصنف : وتقول في الخامسة غضب الله عليها) أقول : قال الزيلعي : وإنما خصت المرأة باللعن لأن النساء أكثر كبراً فلا تتع بالمبالاة به وتحاف من العيب له . في المذهب فأنه يكره اللعان ويكرهون المشهورة .

وقال زفر: تقع بتلاعنها لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث . ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع نائب القاضى منابه دفعا للظلم ، دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، هي طالق ثلاثا ، قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة وعندهم) رحمهما الله لأن فعل القاضى انتسب إليه كما في العنين

الآخر ، ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجحى زواله بأن أكلب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحدهم للقذف ، أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما ، بخلاف ما إذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لأنه يرجحى عود الإحصان ، ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صبح بقاء النكاح غير أن وطأها محرم كما ستعلم ، ولو فرق القاضى بينهما بعد التعانها ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا ، وعند زفر وبقيّة الأئمة لا ينفذ (قوله بالحديث) يشير به إلى حديث (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً فإنه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من أن ترتيب الحكم على مشتق يفيد أن مبدأ اشتقاقه علة له ؛ وسيأتى الكلام على هذا الحديث . وقال الشافعى رحمه الله : بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ، ولا نعلم له في ذلك دليلاً مستلزماً لوقوع الفرقة بمجرد لعانه . قيل وينبغي على هذا أن لا تلاعن المرأة أصلاً لأنها ليست زوجة ، وانكسك بمروى زفر إنما يفيد حرمتها بلعانها لا بلعان أحدهما ، وهذا لأن حقيقته حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة بل على

(وقال زفر: تقع الفرقة بتلاعنها لأنه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » نفي الاجتماع بعد التلاعن ، وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى - فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان -) ووجه الاستدلال (أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بإحسان ، فإذا امتنع نائب القاضى منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أى على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضى ، ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل . وقوله (قول ذلك الملاعن) يريد به عويماً العجلاني فإنه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان : كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثا ، ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم . فإن قيل : قد أنكر عليه بقوله « اذهب فلا سبيل لك عليها » أجيب بأن ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر ، فإنه روى أنه قال : « إن كنت صادقاً فهو لها بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذباً فلا سبيل لك عليها » . والجواب عن استدلال زفر بالحديث يحصى (ثم إذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة وعندهم لأن فعل القاضى انتسب إليه لنيابته عنه كما في العنين)

(قوله يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » نفي الاجتماع) أقول : هذا دليل آخر غير ما ذكره المصنف كما لا يخفى (قوله وهو تنصيص الخ) أقول : يعنى نفي الاجتماع كالتنصيص ، فإن نفي الاجتماع يستلزم الإشراق (قوله ووجه الاستدلال ، أى قوله : ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل) أقول : فيه بحث ، فإن زفر يقول : ثبت التسريح بنفس التلاعن إلا أن يحمل كلامهما على المنع والتبديد لا نسلم أن ثبوت الحرمة يستلزم ثبوت الفرقة كما في الظاهر بل يستلزم فوات الإمساك بالمعروف ، وإذا حل على ما ذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظة أيضاً لعدم وفاء ما تقدمه بالمطلوب فتأمل (قال المصنف : دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام) أقول : فيه بحث فإن الثابت منه صلى الله عليه وسلم تقرير الملاعن على قوله إن أمسكتها هي طالق ثلاثا (قوله أجيب بأن ذلك منصرف إلى رد المهر الخ) أقول : الذى في كتب الحديث أن قوله صلى الله عليه وسلم « لا سبيل لك عليها » إنما هو قيل منأله المهر ، ولا يكون الجواب قبل السؤال (قال المصنف لأن فعل القاضى انتسب إليه) أقول : فعله هو التفريق للمعروف بالحرمة وذلك هو معنى البائن ، ويصح به وجه آخر في باب العنين .

التعاقب فتعلم إرادتها ، وأقرب الأوقات إلى حقيقة ما يعقب فراغها من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول ، وليس
بلازم من حرمتها وقوع الفرقة ، وما ذكروه من المعنى وهو أنها لا تأتلفان بعد اللعن فليس يقطعى فى ذلك بل
ولا ظاهر ، بل يجوز حدوث الألفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ، ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع
الفرقة بل يوجب عليه التسريع بإحسان ، فإنه بثبوت الحرمة فأت الإمسك بمعروف فيؤمر بالتسريع بإحسان ،
كما فيما إذا ثبتت الحرمة بالظهار فإنها إذا طالبت أمره القاضى بالتسريع أو التكفير إلا أن الظلم هنا لا ينهى بكل من
الأميرين بل بأمر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيه ، فإذا امتنع نأب منابه لأنه نصب لدفع الظلم ، ويدل على
هذا ما فى الصحيحين عن ابن عمر أن رجلا لآعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى
الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه وما أخرجه أيضا فى حديث عويمر المجاني فـ لما فرغا من لعانهما قال
عويمر : كذبت عليها يارسول الله إن أسكنتها - فطلقها عويمر ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم .
وهو الذى عنى المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لللك الملاعن إلى آخره : لكن الصواب
ما علمت أن القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم . قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين .
ورواه أبو داود وقال : فطلقها ثلاثا تطليقات فأفضله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان ماصنح عند رسول
الله صلى الله عليه وسلم سنة . قال سهل : حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ففست السنة بعد
فى المتلاعنين أن يفريق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا . قال البيهقى : قال الشافعى : إن عويمرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا
بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضيان فى السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط ، وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم
فى حديث ابن عمر تفريق حكم لافرقه الزوج . وقول الزهرى وسهل : فكانت سنة المتلاعنين : أى الفرقة . قال
البيهقى : والذى يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود فى سننه عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قصة هلال بن أمية
ولعانه قال : « وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ليس لها عليه قوت ولا سكنى من أجل أنها يفرقان بغير
طلاق ولا متوفى عنها » وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لأنكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم تطليقه ،
وقوله صلى الله عليه وسلم « لا سبيل لك عليها » إنما هو إنكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله
« يارسول الله مالى ، قال : لا مال لك ، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحلت من فرجها ، وإن كنت كذبت
عليها فذلك أبعد لك منها » فدل تفريقه صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق ، فلا يعارضه قول ابن عباس رضى
الله عنهما من أجل أنها يفرقان بغير طلاق فإنه من قوله . وقد يقال ليس هذا بما يكون ترك الإنكار فيه حجة لأنها
لم نَدع فيه أنه محرم حتى يكون ترك الإنكار فيه حجة علينا ، إنما ادعينا أنه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات
إليه . ويجاب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لأن السكوت يفيد تقريره وأنه الواقع ، فلو كان الواقع ، وقوع
الفرقة قبله كان السكوت مفضيا إلى المقاسد لأنه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه
أو تأخير الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضى حتى ظن حلها فيجاء بها
قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر ، والواقع أن الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الإفضاء إلى مثل هذا
فإن دفعه بأن المدة التى يوتهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا إذ الفرض أن بمجرد الفراغ عندنا يأمر القاضى أن يطلق ؛
فإن أبى طلق هو والموت فى مثلها أشد نادر . قلنا : ولو كان لا يجوز لأنه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا ،
وأیضا فحديث ابن عمر فإنه قال فيه فأقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم : يعنى أمضى ذلك الطلاق ، وهو
محجة على من قال : إن الطلاق الثلاث لا يقع أو تقع وأحالة ، ثم هو أولى من حديث ابن عباس لأنه زعم الإفضاء

(وهو خاطب إذا أكذب نفسه) عندهما . وقال أبو يوسف : هو محرم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » نص على التأييد . ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لما ، ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان .

صلى الله عليه وسلم الطلاق ، وذلك إنما يكون بفهم اعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم (قوله وهو خاطب الخ) يعني إذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحده أو لم يجد صار خاطبا من الخطبة يحل له تزوجها خلافا لأبي يوسف ، ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية . ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر ، فإن لم يطلقها قبل الإكذاب حد أيضا ، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لأن اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينة ، ولا يجب الحد لأن قذفه وقع موجبا للعان فلا يتقلب موجبا للحد لأن القذف الواحد لا يوجب حدين ، بخلاف إكذاب نفسه بعد اللعان لأن حده حينئذ للقذف الذى تضمنه كلمات اللعان لا القذف الأول لأنه أخذ حكمه من اللعان ، ولذا يجد شهود الزنا إذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته إلى الزنا ، وعلى هذا لوقال يازانية أنت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قذفها وهى زوجة ثم بانث ، ولو قال أنت طالق ثلاثا يازانية حد ، وكما تحل له بإكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصاً أجنبياً بعده فحدث أو قذفت هو أجنبياً فحد أو زنت أو ارتد أحدهما حتى يخرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلاً للشهادة لارتفاع السبب الذى لأجله افرق المتلاعنان ، وهو على ما قالوا أنه كفى لا يتكرر اللعان بأن يقلبها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين إلا مرة في العمر أو ينلوا القذف عن الموجب في الدنيا ، فخرج أحدهما عن الأهلية وقع الأمن من ذلك . وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا افرق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا ، نثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع . وبه قالت الأئمة الثلاثة . وإذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسحا ، ويلزم على قول أبي يوسف أنه لا يتوقف على تفريق القاضى لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقا ، وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت ، فإذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضى . واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب . وروى الدارقطنى بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المتلاعنان إذا افرقا لا يجتمعان أبدا » وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازى في بونه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكن قال صاحب التنقيح : إسناده جيد . ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لا يفرقان بمجرد اللعان للمأمل ، فهو حجة على الشافعى على مقتضى رأيه . وأخرجه الدارقطنى أيضا موقوفا عن علي وابن مسعود قالوا : « مضت السنة للمتلاعنين لا يجتمعان أبدا » . وروى عبدالرزاق عن عمر

وقوله (وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما) مسألة مبتدأة (وقال أبو يوسف هو) أى الثابت باللعان (محرم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ») نص على التأييد وهو ينافى عوده خاطبا (ولهما أن الإكذاب) أى الإقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة) والرجوع هنا يعطل حكمها ، ولا منافاة بين نص التأييد والعود خاطبا لأن معناه لا يجتمعان ماداما متلاعنين ، لأنهما يكونان متلاعنين ، إما حقيقة بمباشرتهما اللعان ، أو مجازا باعتبار بقاء حكمه ، ولم يبق شيء بعد الإكذاب ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلا لأنه لما أكذب نفسه

(قوله لأنهما يكونان متلاعنين) أقول : : الأظهر أن يقول : وكونهما متلاعنين الخ

(ولو كان القذف بولد نبي القاضى ونسبه وألحقه بأمه) وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول : أشهد بالله إلى الصادقين فيما رميتهك به من نبي الولد ، وكذا في جانب المرأة (ولو قذفها بالزنا ونبي الولد ذكر في اللعان الأمرين ثم بنى القاضى نسب الولد وألحقه بأمه) لما روى : أن النبي عليه الصلاة والسلام نبي ولد امرأة هلال

وابن مسعود : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً . ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على عمرو وابن عمر وابن مسعود . أجاز المصنف بقوله : ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه : يعنى أن الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع فهى القضية المسماة بالمشروطة . ولم يبقا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالإكذاب لنفسه لثبوت النسب إن كان القذف بنى الولد ولزوم الحد . وحكمه عنده فقد انتفت اللوازم الشرعية ، وذلك يستلزم انتفاء ملازمها شرعا فينتفى الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت نفيه وهو حل الاجتماع ، وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمناه من أن إرادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ، ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن في الخارج ، وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الإكذاب إذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الإكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ، ولكن ببق النظر في أى الاحتمالين أرجح ، وأظن أن الثانى أسرع إلى الفهم ، والله أعلم . وأما ما استدلل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمنع حصول الانظام فقدمنا منعه ، وما ذكره بعضهم من أنه سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعونا أو مغضوبا عليه فما بعده عن الفقه ، إذ لا شك في بقاء إسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفصل ذى الفضل جل جلاله ، وهذا القدر لا يمنع التناكح (قوله ولو كان القذف بولد نبي القاضى ونسبه وألحقه بأمه) شرط هذا الحكم أن يكون العلوق في حال يمرى بينهما فيه اللعان ، حتى لو علقت وهى كافرة أو أمه ثم عتقت وأسلمت فنفى نسب ولدها لا يفتى ولا تلاعن لأن انتفاءه إنما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ، ولأن نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع ، والله أعلم . وفى اللخيرة لا يشرع اللعان بنى الولد في المحبوب والمحصى ومن لا يولد له ولد لأنه لا يلحق به الولد ، وفيه نظر لأن المحبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ، ولا لعان في القذف بنى الولد في نكاح فاسد . وعند الشافعى وأحمد يجب اللعان به ، وكذا في نفيه من وطء شبهة . وعند أبى يوسف فيهما الحد واللعان لأنه يلحقهما بالنكاح الصحيح . وفى اللخيرة : قذفها بنى ولدها فلم يلعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الأجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا يفتى بعد ذلك لأنه لما حد قاذفها حكم بكتبه (قوله وصورة اللعان) أى في القذف بنى الولد (قوله لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نبي نسبه ولد امرأة هلال)

وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان ، وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه فيجتمعان (ولو كان القذف بولد نبي القاضى . النسب من الأب وألحقه بأمه) وصورة اللعان في ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله الخ . ونحوه

(قوله وجب عليه الحد) أقول : يعنى بكلمات اللعان كما يحىء (قوله فبطلت أهلية اللعان الخ) أقول : بطلان أهلية اللعان إنما يكون بإقامة الحد عليه لا بوجوبه فقط ، وألحظ أن طرح لفظه الأهلية من بين فلتأمل ، ومجىء به سطرز ما يفهم ما قلت وما غير الشراح إلا قول المصنف : فتعليل قول القمهورى : فإن حاد الزوج وأكذب نفسه الخ إلا أن وضع المسألة هناك فيما إذا أكذب نفسه بعد إقامة الحد عليه وهنا ليس كذلك ، وهذا يظهر أنه لا تكرار . . .

ابن أمية عن هلال وأخيه بها « ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده .

تبل إنه غلط ، فإنه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنى ولد . وقيل المراد بنسب ولدها الذى أتت به فإنها حملت من الوطء الذى قذفها به ، والحديث فى البخارى وأبى داود يختلف ألفاظهما وتتفق . عن ابن عباس قال : « جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا . فرأى ذلك بعينه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني جئت أهلى عشاء فوجدت عندهم رجلا ، فرأيت بعيني وسمعت بأذنى ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فزأث - والذين يرون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم - الآية نسرتى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا وغرجا ، قال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربى سبحانه وتعالى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرسلوا إليهما فجمعت . فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم الآية وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، وقال هلال : والله لقد صدقت عليا ، فقالت كذبت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاعنوا بينهما ، فشهد هلال أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب . فقال والله لا يعذبني الله عليا كالم يحدني الله عليا : فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيها رماها به من الزنا ، ثم قيل لها اشهدى ، فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب ، فتلكأت ساعة ثم قالت : والله لا أفضح قومى ، فشهدت الخامسة أن غضب الله عليا إن كان من الصادقين فيها رماها به ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترى ولا يرى ولدها ، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد ، وقضى أن لا يثبت لها عليه سكنى ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن جاءت به أصهيب أو أربصع أو أبيج نائى الأيتيم حش الساقين فهو هلال . وإن جاءت به أورك جعدا جماليا خبلج الساقين ساين الأيتيم فهو للذى رميت به ، فجاءت به أورك إلى آخر الأوصاف الثانية ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لولا الإيمان لكان لى ولها شأن . قال عكرمة : وكان ولدها بعد ذلك أميرا على مصر وما يدعى لأب ، هذه فى لفظ أبى داود . وفى رواية أخرى : « سائر اليوم لا أفضح قومى . وفى مسلم والتسائى عن أنس أن هلال بن أمية . قذف امرأته بشريك بن نضام وكان أخا البراء بن مالك لأمه ، وكان أول رجل لاعن فى الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضى العيتين فهو هلال بن أمية . وإن جاءت به أكحل جعدا حش الساقين فهو لشريك ابن نضام ، قال : فأنثيت أنها جاءت به أكحل جعدا حش الساقين . فهذا وما قبله يدل على أنها كانت حاملا وقطع نسب الولد الذى تأتى به . وفى سنن التسائى أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته وكانت حبلى . وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضا . وقال زوجها : ما قربها منذ

ظاهر (وقوله ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد) حيث كان القذف به (فيوفر عليه) أى على الزوج مقصوده ،

(قوله فيوفر عليه أى على الزوج مقصوده) أقول : وعنى أن مرجع التفسيرين البازئين هو اللعان والإنشافة لأدنى ملاعبة .

فيتضمنه القضاء بالتفريق . وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول : قد أزدته أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره (فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) لإقراره بوجود الحد عليه

عفار النخل ، وعفار النخل أنها كانت لاتسقى بعد الإibar بشهرين . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم بين ، فجاءت بولد على الوجه المكروه . وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال : « شهد عويمر بن الحرث العجلاني وقد رى امرأته بشريك بن بهماء وأنكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل ، فرأيتهما يتلاعن قائمين عند المنبر : ثم ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك بن بهماء ، وكان عويمر قد لاهمه قومه وقالوا امرأة لانعلم فيها إلا خيرا ، فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس ، وعاش المولد سنتين ثم مات ، وعاشت أمه بعده سيرا ، وصار شريك بعد ذلك عند الناس بمجال سوء . قال الواقدي : وحديثي غير الضحاك بن عثمان أن عومرا فساق الحديث . إلى أن قال : ولم يجد رسول الله صلى الله عليه وسلم عومرا في قذفه شريك بن بهماء . وشهد عويمر بن الحرث وشريك بن بهماء أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ففي هذا أن الولد عاش سنتين ومات ونسبه مانسب في قصة هلال إلى شريك إليه أيضا في قصة عويمر . قيل ويجمع بينهما بأنهما واقتنا وفي النفس منه شيء . وفي الصحيحين أيضا في قصة هلال عن ابن عباس « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم بين فوضعت شيئا بالذي ذكر زوجها أنه وجد عند أهله . فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم » وفي هذا أن اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تناقض (قوله فيتضمنه القضاء الخ) أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق (قوله وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق الخ) أي لا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق . لأنه : أي التفريق باللعان (قوله ينفك عنه) أي عن نفي الولد . كما لو مات الولد قبل اللعان فإنه يفرق بينهما باللعان . ولا ينقطع نسب ذلك الولد ، ولو نفي نسب أم الولد اتنى الولد ولا لعان ولا تفريق به (قوله فلا بد من ذكره) حتى لو لم يقبله لاثبت النسب عنه . قال شمس الأئمة : هذا صحيح ، ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد ، فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الأب وورثه الأب لاحتياج الخ إلى النسب ، ولو ترك بنتا ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافا لهما . وقيل الخلاف على العكس . له أن الابن يعير بانتفاء نسب أمه كأيه فهو محتاج إلى ثبوت نسبها (قوله فإن عاد الزوج فأكذب نفسه) أي بعد اللعان ونفي الولد

فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بأمه (وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق بينهما ويقول قد أزدته أمه وأخرجته من نسب الأب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه (لأنه) أي نفي الولد (ينفك عنه) أي عن التفريق : إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفى النسب عنه فلا بد أن يصرح القاضي بنفي النسب عنه . رواه بشر عن أبي يوسف (فإن عاد الزوج وأكذب نفسه) بعد اللعان (حده القاضي لإقراره بما يوجب الحد عليه) قال في النهاية : هذا إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف ، فإنه إذا أكذب نفسه بعد القذف والبيونة لا يجب عليه الحد واللعان ، أما اللعان فلا أن المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البيونة فلا معنى للعان لفوات المقصود ، ولا حد عليه لأن

(قال المحقق فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) أقول : في النهاية إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف أم . يعني بعد القذف قبل اللعان (قوله قال في النهاية : هذا إذا لم يطلقها) أقول : لأمضى هذا الكلام بعد تعقيب المسألة بقوله بعد اللعان .

(وحل له أن يزوجه) وهنا عندها لأنه لما حل لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم (وكذلك إن قذف غيرها فحد به) لما بينا (وكذا إذا زنت فحدت) لانقضاء أهلية العان من جانبها (وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا ،

(قوله وهذا عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد على ما سبق (قوله وكذلك إن قذف غيرها الخ) على وزن ما قدمنا في زوال الأهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا (قوله وكذا إذا زنت فحدت) قبل لا يستقيم لأنها إذا حدثت كان حدّها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد أن ترى تخرج عن الأهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه . ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف ، فيستقيم حينئذ توقف حلها للأول على حدّها لأنه حد القذف ، وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت ، فإن حدّها حينئذ الجلد لا الرجم لأنها ليست بمحصنة . واستشكل بأن زوال أهلية الشهادة بطروء الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي عنها في حال قيام الدلالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الأهلية ليعطل أثره من الحرمة (قوله ولو قذفها وهي صغيرة أو مجنونة) قذفا مقتصر (فلا لعان) وكذا لو أسند القذف وهي من يحد قاذفها في الحال بأن قال زنت وأنت صبية أو مجنونة وجنونا معهود لم يكن قذفا في الحال لأن فعلها لا يوصف بالزنا ، بخلاف قوله زنت وأنت ذمية أومتد أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فإنه يقتصر (قوله لأنه) أى اللعان يتعلق بالصرح

قذفه كان موجبا للعان ، والقذف الواحد لا يوجب حدين ، بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لعنها لأن وجوب اللعان هنالك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها إلى الزنا وانزع معنى الشهادة منها ليكذابه نفسه ، فيكون هذا نظير شهود الزنا إذا رجعوا ، وأما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلماذا لا يحد وإن أكذب نفسه ، فلو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لأنها بانّت بالتطبيقات الثلاث ، وإنما قذفها بالزنا بعد البينة فعليه الحد ، ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لأنه قذفها وهي منكوحته ثم أبانها بالتطبيقات . وقد بينا أنه بعد قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان ، كذا في الميسوس (وقوله وحل له أن يزوجه) تكرار لقوله وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما ، ويجوز أن يقال ذكر هناك تقريرا ونقل ههنا لفظ القدورى . وقوله (وكذلك إن قذف غيرها فحد به) يعنى جاز له أن يزوجه . وقوله (لما بينا) يريد به قوله لأنه لما حل لم يبق أهلا للعان (وكذا إذا زنت فحدت) لأن يزوجه (لانقضاء أهلية العان من جانبها) فإن قيل : لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الإحصان ، والمرأة والرجل إذا زنا بعد إحصانهما رجما فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت ، فبعد ذلك أتى تيق محلا للزوج ؟ أجب بأن معنى قوله حدثت جلدت ، وتصوير المسئلة أن يتلاخا بعد الزوج قبل الدخول ثم إنها زنت بعد اللعان فكان حدّها الجلد دون الرجم لأنها ليست بمحصنة لأن من شروط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد . قال (وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) لأنه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبيا (لعدم إحصانها ، لأن من شرطه

(قوله بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لعنها) أقول : وأما إذا أكذب نفسه قبل التطليق واللعان فإنه يحد ، إذ حينئذ يتقلب قذفه سببا لحد لتصل اللعان من جهة ، ولما جاز لذلك للقال إذا أكذب بعد التطليق لأن المقصود باللعان لما حصل كأنه حصل لنفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان ، وبعبارة أخرى تلعن اللعان لمن من جهة فيصير إلى المرجب الأصل كاسبق ، وفي الإكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالخلف فلا يصار إلى الأصل (قوله تكرار لقوله) أقول : وفيما قلنا في أول هذا الورق ما ينهكك أنه على التكرار .

فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً) لعدم أهلية الشهادة (وقدف الأخرس لا يتعلق به اللعان) لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف ، وفيه خلاف الشافعي ، وهذا لأنه لا يمرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها (وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان بينهما) وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصير قاذفاً . وقال أبو يوسف ومحمد: اللعان يجب بنى الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر في الأصل ، لأننا يتقن بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف . قلنا : إذا لم يكن قلغا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال : إن كان بك حل فليس مني . والقذف لا يصح تعليقه بالشرط (وإن قال لها زنيته وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحاً (ولم ينف القاضي الحمل) وقال الشافعي : ينفيه لأنه عليه الصلاة والسلام نبى الولد عن هلال وقد قذفها حاملاً .

كحد القذف ، ولأنه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة ، فلو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز ولا شهادة للأخرس في الأموال فهنا أولى . وكذا إذا كانت خرساء لالمان لأن قذفها لا يوجب الحد لأنّها تصدقه ، أو لتعلم الإتيان بلفظ الشهادة (قوله وفيه خلاف الشافعي) ومالك والظاهرية فيلعان بالإشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته ، وقالوا : إن أمانة بنت أبي العاص أصحمت ، فقيل لها فلعان كذا وفلان كذا فأشارت : أى نعم قراؤا أنها وصية . قلنا : لم يثبت ذلك ، ولو ثبت فتجوز الوصية من اعتقل لسانه بالإشارة لا يستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لأن الإشارة لا تمرى عن الشبهة والحد يندرئ بها ، بخلاف غيره فإنه يثبت معها (قوله وهذا قول أبي حنيفة وزفر) وبه قال أحمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن أبي ليلى وأبو ثور ، ويقولهما قال مالك وأبو حنيفة أولاً (قوله وقال أبو يوسف ومحمد : اللعان يجب النكاح) يعنى وقت الوضع إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف . وذكر الطحاوى عن أبي يوسف أنه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي لحديث هلال بن أمية أنه صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما وكان قذفها حاملاً على ما تفيد القصة التى ذكرناها (قوله يصير كالمعلق) كأنه قال إن كان في بطنك ولد فهو من الزنا ، ولو قاله لا يلزمه الحد فكذا ما بمعناه ، وإن لم يكن حقيقة المعلق إذ بالولادة يظهر أنه كان قذفاً منجزاً لكن فيه شبهة التعليق إذ في كل موقف شبهة التعليق إذ لا يعرف حكمه إلا بما قبله فهو كالشرط في حقنا ، وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات ، وبشبهات الشبهة امتنع لعانها حاملاً عندنا لأن الحمل وإن ترتب عليه أحكام كرد المبيعة به والإيرث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنى الحمل بل بالزنا ، قال : وجدت شريك بن مصعب على بطنها يزنى بها . وقوله صلى الله عليه وسلم : انظروا فإن جاءت به كذا إلى

البلوغ والعقل (فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف ، وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً لعدم الأهلية) لكونه غير مخاطب (وقدف الأخرس لا يتعلق به اللعان) لأنه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت إلا بالصريح فكذلك اللعان (وفيه خلاف الشافعي) هو يقول إشارة الأخرس كعبارة الناطق (ولنا أن الإشارة لا تمرى عن الشبهة) لكونها محتملة (والحدود تندرئ بالشبهات) واللعان في معنى الحد . وقوله (وإذا قال الزوج ليس حملك مني) ظاهر ، والضمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف . وقوله (والقذف لا يصح تعليقه بالشرط) إنما كان كذلك لأن القذف مما لا يحلف به لإفضائه إلى إبقائه إلى زمان وجود الشرط في ذمة الخالف ، وفي ذلك احتياط لإثبات ما يندرئ بالشبهات (وإن قال لها زنيته وهذا الحمل من الزنا) ظاهر . وقوله (وقد قذفها حاملاً)

ولنا أن الأحكام لا ترتب عليه إلا بعد الولادة لتحكم الاحتمال قبله ، والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي (وإذا نفي الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أوفى الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح

آخر ماقدمنا فانظره كان إما لعلمه صلى الله عليه وسلم بعملها من طريق الوحي أو لأن العان تأخر حتى ظهر الحمل ، وكذا أنكر أحمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزي ، على أن كون لعانها كان قبل الوضع معارض ، فقد قدمنا في الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد أنه كان بعد وضعها ، وهو قوله « فقال صلى الله عليه وسلم : اللهم بين ، فوضعت شيها بالذي ذكر زوجها أنه وجده عند أهله ، فلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما » فلا يستدل بأحدهما بعينه لأن التعارض يوجب التوقف (قوله ولنا أن الأحكام لا ترتب عليه) أى على الحمل إلا بعد الولادة للاحتيال قبلها ، إذ يحتمل كونه نفعاً أو ماء . وقد أخبرني بعض أهل عن بعض خواصها أنها ظهر بها حبل واستمر إلى تسعة أشهر ولم يشككن فيه حتى تبين له بئس ثياب المولود ثم أصابها طلق وجلست اللداية تحتها ولم تزل تصبر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد . وأما توريثه والوصية به وله فلا يثبت له إلا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل . وأما العلق فإنه يقبل التعليق بالشرط فتمتعه معلق معنى . وأما رد الجارية المبيعة بالحمل فلأن الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة . وفي البدائع : لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بخلاف بين الأصحاب . أما عند أبي حنيفة فظاهر . وأما عندهما فلأن الأحكام تثبت للولد لا للحمل ، وإنما يثبت له حكم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال ، بخلاف الرد بعيب لأن الحمل ظاهر واحتمال الريع شبهة ، والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ، ويمتنع العان بها لأنه من قبيل الحدود ، والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب (قوله وإذا نفي الرجل) الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي الولد ، وله

روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن جاءت به أسهيب أريصح حمش الساقين فهو هلال » وفي رواية « أحيمر قصيرا ، وإن جاءت به أسود جعدا جماليا فهو لشريك ، فجاءت به على التعت المكروه ، فقال صلى الله عليه وسلم : لولا الإيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن » (ولنا أن نفي الولد حكم من أحكامه ، والأحكام لا ترتب عليه إلا بعد الولادة لتحكم الاحتمال قبله) أى قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة . فإن قيل : بل ترتب عليه قبلها كالفرد بالعيب والميراث والوصية به وله . أجيب بأن العان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة ، بخلاف الرد بالعيب لأنه يثبت مع الشبهات ، والإرث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال . وحاصل الجواب أن قوله الأحكام لا ترتب يرد به بعضها ، ونفي الولد منها لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة (والحديث) أى حديث هلال (محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي) بدليل ما روينا أنه صلى الله عليه وسلم قال : إن جاءت به كذا كان كذا ، ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي . وقوله (وإذا نفي الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة) قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل ، لأنه لو قبل الأب التهنئة ثم نفي

(قوله روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن جاءت به أسهيب أريصح حمش الساقين فهو هلال » إلى آخر الحديث) أقول : الأسهيب تصغير الأصيب ، وهو الذي يضرب شره إلى الحفرة ، والأريصح تصغير الأريصح ، وهو قليل لحم الفخذين ، وحش الساقين : أى دقيقهما بالحام المهمل المفتوحة (قوله « وإن جاءت به أسود جعدا جماليا » الحديث) أقول : الجمال يفهم الجم النظيم الخلق كالجمل (قال المصنف : تمكن الاحتمال قبله) أقول : أى قبل الولادة وتذكير الضمير لكونها في تأويل أن مع التعل (قال المصنف : والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي) أقول : فيه بحث لأن أحكامه عليه الصلاة والسلام محمولة على نصب الشرع إلا أن يقوم دليل على كونها من المتعصص كما تقر في الأصول . . .

فيه ولا عن به وإن نفاه بعد ذلك لأعن ، ويثبت النسب هذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يصح فيه في مدة النفاس) لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنه أثر الولادة . وله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو مجتمع عن النفي . ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين .

شرطان متفق ومختلف ، فالمحقق أن لا يقبل التهنئة أو لا يسكت عندها ، وهذا من المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضا ، وقد أوردناها منظومة في كتاب النكاح إلا في رواية عن محمد في ولد الأمة إذا هي به فسكت لا يكون سكوته قبولا ، بخلاف ولد المنكوحه ، لأن ولد الأمة غير ثابت النسب إلا بالدعوة ، فالحاجة إلى الدعوة والسكوت ليس دعوة ، ونسب ولد المنكوحه ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي ، والمختلف فيه أن يقع . أعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياح آلة الولادة عند أبي حنيفة . ولو وقع بعده إن كان لم يقبل تهنئة لا ينفي إلا إذا كان غائبا على ما سيذكر ، ثم لم يعين لها مقدار في ظاهر الرواية ، وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة تقديرها بثلاثة أيام ، وروى الحسن عنه سبعة لأنها أيام التهنئة . وضعفه السرخسي بأن نصب المقادير بالرأى متعذر . وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لأنها أثر الولادة . وكان القياس أن لا يجوز النفي إلا على فور الولادة كقول الشافعي : إلا أنا استحسنا جواز تأخير مدة يقع فيها التأمل لأن النفي يحتاج إليه كمن لا يقع في نفي ولده أو استلحاق غير ولده وكلاهما حرام . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزلت آية الملائكة : وأما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته ، وأما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفوضه على رموس الأولين والآخرين » رواه أبو داود والترمذي . وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم : من ادعى أبيا في الإسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنه عليه حرام » والافتقار على أن المدة إذا طالت لا يجوز النفي فجعلنا القصيرة مدة النفاس لأنه أثر الولادة ، ولذا أحكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلاة والصوم والقربان فكأنهما فور الولادة . وقال : لا معنى لتعيين مدة أصلا لأنها للتأمل ، والناس مختلفون فيه ، والأحوال أيضا تختلف في إفادته ، فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاء الله رزقك مثله ، أو أمن على دعاء المهني أو سكوته عند تهنيته أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت . وقد يقال : إن اعتبار مضى ذلك الوقت وما قبله لجواز النفي لم يخرج عن التعيين فينا فيه قوله لا معنى لتعيين أصلا انتهى (قوله وإن كان غائبا) ما تقدم كان إذا كان حاضرا ، فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر

لا يصح فيه وهو ظاهر . وقوله (يصح فيه في مدة النفاس) يعني إذا كان حاضرا (ولأن حنيفة أنه لا معنى للتقدير بمدة لأن الزمان للتأمل) لتلا يقع في نفي الولد مجازفا (وأحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه) أي على عدم النفي وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة ، فإن ذلك لإقرار منه أن الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة ، أو مضى ذلك الوقت وهو مجتمع عن النفي ، وإذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده ، وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بسبعة أيام لأن في هذه تستمد للقبيلة ، وإنما تكون الحقيقة بعد سبعة أيام ، ولكن هذا ضعيف لأن نصب المقدار بالزمن لا يجوز . وذكر في الشامل أنه روى عن أبي حنيفة أنه يقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الأول (ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين) فيجعل كأنها ولدت الآن فله النفي عند

قال (وإذا ولدت ولدتين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني يثبت نسبهما) لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحده الزوج) لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني ، وإن اعترف بالأول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قادر بنى الثاني ولم يرجع عنه ، والإقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية ، وفي ذلك التلاعن كذا هنا .

المدة التي ذكرناها على الأصليين بعد قتلومه عندهما قدر مدة النفاس ، وعنده قدر مدة قبول التهنئة ، وعن أبي يوسف : إن قدم قبل أن تنقضي مدة الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين يوما ، وإن قدم بعدها فليس له أن ينفيه أصلا ، لأنه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح ، فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الأربعين عند أبي حنيفة ومحمد . وذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف إذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ولاعن . وقال محمد : لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه (قوله لأنهما توأمان) هما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر (قوله وحده الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني) وعلى هذا في أولاد ثلاثة أقر بالأول والثالث ونفى الثاني (قوله والإقرار بالعفة) وهو ما يتضمنه الاعتراف بالأول (سابق على القذف) بنى الثاني حقيقة (فصار كأنه قال هي عفيفة) ثم قذفها . لا يقال : ثبوت نسب الأول معتبر باق بعد نفى الثاني ، فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفى الثاني وذلك يوجب الحد . لأننا نقول : الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمي ، والحد لا يحاط في إثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا لا الحكمي . هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والإقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقلدا وهو غير مفهوم من اللفظ .

[فروع] لو نفاها فأت أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماء لأنه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينفي الحى لأنه لا يفارقه ، ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف ، واللعان ينفك عن نفي الولد لأنه مشروع لقطع الفراش ، ويثبت النفي تبعاً له إن أمكن ، ولا يلاعن عند أبي يوسف لأن القذف أوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما وجب . ولو ولدت فتاه ولاعن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لأن القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ، ولا يجوز نفيه الآن لأنها غير منكوبة فيثبت نسبه ، ومن ضرورته ثبوت نسب الأول واللعان ماض لأنه يقبل الفصل عن انتفائه . ولو قال بعد ذلك هما ولدائي لا حدّ عليه لأنه صادق لثبوت نسبهما ، ولا يكون رجوعاً لعدم إكذاب نفسه ، بخلاف ما إذا قال كذبت عليا لأنه للتصريح بالرجوع . ولو قال ليسا ابني كانا ابني ولا يحدّ لأن القاضي نفي أحدهما وذلك نفي للتوأمين فليس ولدته من وجه فلم يكن قاذفاً لها مطلقاً بل من وجه . وفي النواحر : ذكر الحسن عن أبي حنيفة أن امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر بالأول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه ، ولو نفي الأول والثالث وأقر بالثاني يحدّ وهم بنوه ، وكذا في ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم

أفى حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة ، وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القتلوم لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة (قوله وإذا ولدت ولدتين في بطن واحد) ظاهر (والإقرار بالعفة سابق على القذف) جواب سؤال تقديره ينبغي أن يجب عليه الحدّ لأنه أكذب نفسه بعد القذف لأن الإقرار الأول بشيئ النسب باق بعد نفي الولد فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار ، ولو وجد الإقرار بعد النفي ثبت الإكذاب ووجب الحدّ ، فكذا هنا . وتقدير الجواب أن الإقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة (فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية ، وفي ذلك التلاعن) ولا يكون ذلك إكذاباً (فكل ذلك هذا) .

باب العنين وغيره

(وإذا كان الزوج عنيًا اجتهل الحاكم سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك)

أقر به بلاعن ويلزمه لأن الإقرار بشيوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل ، كن قال بده أو رجله منى .
واعلم أن ولد الملاعنة إذا قطع نسبه من الأب والحق بالأُم لا يعمل القطع في جميع الأحكام بل في بعضها ، فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم الحقوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله إليه ، ولا يجب القصاص على الأب بقتله . وإن كان لابن الملاعنة ابن والزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت . ولو ادعى إنسان هذا الولد لا يصح وإن صدقه الولد في ذلك ، ولا يبقى في حق النفقة والإرث ، كذا في اللخيرة . وهو مشكل في ثبوت النسب إذا كان المدعى ممن يولد مثله لثله وادعاه بعد موت الملاعن لأنه بما يختلط في إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الإياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه ، والله أعلم :

(باب العنين وغيره)

لما ذكر أحكام الأسماء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهما بمن به مرض له نسبة إلى النكاح . والعنين من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة ، من عن" إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل ، أو من عن" إذا عرض لأن ذكره يمن" يمينا وشمالا ولا يقصده لاسترخائه ، وجمع العنين عنن ، ويقال عنين بين الثمنين ولا يقال بين العنة ، ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو إلى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو لكبر سن فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لقوات المقصود في حقها . وما عن الهندواقي يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين ، فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لاعنة به . وإلا علم أنه عنين ، لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا وإلا فلا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكمه . وفي المحيط : أنه قصيرة لا يمكن إدخالها إلى داخل الفرج لاحق لما في المطالبة بالفرق انتهى . ولو كان صغيرا جدا كالأزرق حكمه كالحيوب (قوله أجله الحاكم سنة) أى من وقت الخصومة ، ولا يعتبر تأجيل

(باب العنين وغيره)

لما فرغ من وجوه أحكام الأسماء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق ، لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأسماء ، والعنين هو الذى لا يقدر على إتيان النساء ، من عن" إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل ، أو من عن" إذا عرض لأنه يمن يمينا وشمالا ، ولا فرق بين أن تقوم آله أو لم تقوم ، وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض ، وبين أن يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك ، فإنه عنين في حق من لا يصل إليها لقوات المقصود في حقها . قال (وإذا كان الزوج عنيًا) أى وإذا كان الزوج عنيًا (أجله الحاكم سنة) ابتدأها من وقت الخصومة (فإن وصل إليها وإلا فرق الحاكم بينهما إذا طلبت المرأة ذلك) وهو قول عمر وحلى وابن

باب العنين

(قوله إذا حبس في العنة ، إل قوله : ولأنه يمن يمينا وشمالا) أقول : العنة بضم العين ، وقوله : لأنه يمن : أى يمن ذكره يمينا وشمالا .

(٢٨ - فتح القدير ص ٤)

هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود . ولأن الحق ثابت لها في الوطء . ويحتمل أن يكون الامتناع لعلّة معرّضة ، ويحتمل لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة ذلك . وقدرناها بالسنة لاشتغالها على الفصول الأربعة ، فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما

غير الحاكم كائنا من كان . ولو عزل بعدما أجله بنى المتولى على التأجيل الأول (قوله هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود) أما الرواية عن عمر فلها طرق : فمنها طريق عبد الرزاق ، حدثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : قضى عمر بن الخطاب رضى الله عنه في العنين أن يؤجل سنة ، قال معمر : وبلغني أن التأجيل من يوم يخاصم . وهكذا أخرجه ابن أبي شيبة : حدثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه الحديث . ورواه ابن أبي شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة ، زاد في لفظ وقال : إن أتاه وإلا فرقوا بينهما ولما الصديق كاملا . ورواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة قال : حدثنا إسحاق بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا . فلما انقضى حول ولم يصل إليها خبرها فاختارت نفسها ، ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة . وأما حديث علي رضى الله عنه فرواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما ، وحديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة بسنده عنه : يؤجل العنين سنة ، فإن جامع وإلا فرق بينهما . ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطني . وروى ابن أبي شيبة عن المغيرة بن شعبة أنه أجل العنين سنة . وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم أنهم قالوا : يؤجل العنين سنة (قوله فلا بد من مدة معرفة ذلك) أى معرفة لكون الامتناع لعلّة معرّضة أو آفة أصلية في أصل الخلقة فقدرناها بالسنة لأنها معروفة لذلك ، لأنه إن كان من علة معرّضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة ، والسنة تشمل على الفصول الأربعة . وكل فصل بأحد هذه الكيفيات ، فالصيف حار يابس ، والخريف بارد يابس وهو أردأ الفصول ، والشتاء بارد رطب ، والربيع حار رطب ، فإن كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه ، أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال (قوله فإذا مضت السنة ولم يصل إليها عرف أن ذلك بآفة أصلية) وفيه نظر ، فإن ظاهره أن موجب التفريق كونه من علة أصلية

مسعود وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رضى الله عنهم (ولأن حقا ثابت في الوطء ، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلّة معرّضة ، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة ذلك . وقدرناها بالسنة لاشتغالها على الفصول الأربعة) لأن العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك ، وكذلك بقية الطباع (فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما) وقيل ينبغي أن يقدر السنة شمسية أخذا بالاحتياط ، لأنه ربما يكون موافقة العلاج في الأيام التي

(قال المستفت : فلا بد من مدة معرفة لذلك) أقول : وعن المتنوى يؤتى ببلست فيه ماء بارد فيجلى فيه العنين ، فإن كان مضى يخلو

ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها

والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع ، إذ لا يلزم من عدم الوصول إليها سنة كون ذلك لآفة أصلية في الحلقة ، إذ المرض قد يمتد سنة . وأيضاً بما له حكم العين المسحور . ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين وبمضى السنة يفرق بينهما إذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الأصلية لغرض العلم بأنه يصل إلى غيرها من النساء .

فالحق أن التفريق منوط إما ببلغة ظن عدم زواله لزمانته أو للأصلية ، ومضى السنة مع عدم الوصول . ويجب لذلك ، أو هو عدم إيفاء حقها فقط بأى طريق كان ، والسنة جعلت غاية في الصبر وإبلاء العذر شرعاً ، حتى لو غلب على الظن بعد انقضاءها قرب زواله وقال بعد مضي السنة أجلي يوماً لا يجيئني إلى ذلك إلا برضاها ، فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الأجل لأن السنة غاية في إبلاء العذر . وقال لبيد لابنته حين حضرته الوفاة :

تمنى ابتائى أن يعيش أبوها وهل أنا إلا من ربيعة أو مضر

فقوما وقولا بالذى قد علمتها ولا تخمشا وجهها ولا تخلفا الشعر

إلى الحول ثم اسم السلام عليكما ومن يبك حولاً كاملاً فقد اعتذر

(قوله ولا بد من طلبها) هذا إذا كانت حرة غير رتقاء . فإن كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة . وإن كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف لها ، وعند أبي حنيفة لسيدها . وهو فرع مسألة الإذن في العزل . وقيل لمحمد مع أبي يوسف وقد مرت ، ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت ، لأن ذلك قد يكون للتجربة وترجيى الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبداً فلا يبطل حقها بالشك ، ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنيما ينتظر بلوغه لأن للصبأ أثراً في عدم الشهوة . قال قاضيخان : الغلام الذى بلغ أربع عشرة سنة إذا لم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها يؤجل . ولو وجدت زوجها المجنون عنيما فخاصم عنه وليه يؤجل لسنة لأن المجنون لا يعدم الشهوة ، بخلاف ما لو وجدته مجنوباً وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه وليه فإنه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصماً وإلا نصب القاضي عنه خصماً وفرق للحال . ولو جاء الولي في المستلثين ببينة على رضاها بتمته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ، ولو طلب يمينها على ذلك تخلف ، فإن نكلت لم يفرق وإلا فرق ، ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل ؟ لم يذكره محمد واختلفوا فيه ، ولو اختلفا في الحب فادعته فأنكره يريه رجلاً ، فإن أمكن علمه به بالجنس من وراء ثوب لا يكشف عورته ، وإن لم يتيقن بذلك إلا بكشفها كشفها للضرورة . ولو جاءت امرأة المحبوب بولد بعد الفرقة إلى سنتين ثبت نسيه منه ولا يبطل التفريق ، بخلافه في العين حيث ثبت نسيه ويبطل التفريق . ذكره في الغاية . قال في شرح الكنز : وفيه نظر ، لأنه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ؟ ألا يرى أنها لو أقرت بعد الفرقة أنه كان قد وصل إليها لا يبطل التفريق انتهى . لكن وجه التفرقة يبعد هذا البحث ، وهو أن التفريق بناء على ثبوت العنة والحب . وثبوت النسب من المحبوب وهو محبوب ، بخلاف

يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما ذكره (ولا بد من طلبها التفريق لأنه حقها

لأن نقصان ويؤذى علم أنه لا عنه ، وإن كان لا يؤذى ولا يؤذى علم أنه عني . كما في شرح الكاكي . قال ابن الممام : لو احتج هذا لزم أن لا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا يعرف أنه عني على ما قالوا ، ولا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لابد منه لأنه حكم له .

(وتلك الفرقة تطليقة بائنة) لأن فعل القاضى أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه . وقال الشافعى : هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا ، وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة (ولها كمال مهرها إن كان خلا بها) فإن خلوة العتين صحيحة (ويجب العدة) لما بينا من قبل هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها (ولو اختلف الزوج والمرأة فى الوصول إليها)

ثبوته من العتين فإن بثبوت النسب منه ثبت أنه ليس بعين فيظهر بطلان معنى الفرقة ، بخلاف إقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هى به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة . ولو كانت زوجة العتين أو المحبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى به إذا بلغت ، وإذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ، ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل خلفاؤه ما به لم يكن لها طلب الفرقة (قوله وتلك الفرقة تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثورى وغيرهما . وقال الشافعى وأحد رحمهما الله : فسخ لأنها من جهتها ، وقاس الماوردى على الفرقة بالحب . قلنا : بل من جهته فإنه وجب عليه التسريع بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف ، فإذا امتنع كان ظالما فتاب القاضى عنه فيه فيضاف فعله إليه ، والقياس على الحب ممنوع لأن الفرقة بسببه عندنا أيضا طلاق (قوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) أى النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لأنه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ ففسخ قبل التام فكان فى معنى الامتناع من الإتمام ، بخلاف ما نحن فيه لأنه فرقة بعد التام فلا يقبلها كما لا يقبل الفسخ بالإقالة ، وقد ذكرنا فى رواية أبى حنيفة عن عمر رضى الله عنه أنه جعلها تطليقة بائنة ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لأن خلوة العتين صحيحة ، إذ لاوقوف على حقيقة العنة لجواز أن يتمتع من الوطء اختيارا تمتنا فبإدراك الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها ، ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لأنها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال ، ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله فى الأصل كذلك يكون رضا ، وعليه الفتوى . وقيل لإبكون رضا لجواز تأميلها برأه . ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ فى أكثر من سنة ، فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزويج به راضية بالعب (قوله هذا) أى هذا الذى ذكرنا من أنها إذا طالبت بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما إذا اعترف الزوج بعدم الوصول إليها فى هذا النكاح ، وإن تصادفا أنه وصل إليها فى نكاح قبله لم يطلها لأنه إذا وطئها فى نكاح ثم أبانها ثم تزوجها ثانيا ولم يصل إليها لها المطالبة بالفرقة ، فإن اختلفا وادعى الوصول

وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضى أضيف إلى الزوج وكأنه طلقها بنفسه . (وقال الشافعى رحمه الله : هو فسخ لأنه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) يعنى بعد التام ، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما فى خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم (وإنما تقع التطليقة بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة) وهى التى لا تكون ذات زوج ولا مطلقة ، أما الأولى فلفوات المقصود وهو الوطء ، وأما الثانية فلا لأنها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم (ولها كمال المهر إن كان خلا بها لأن خلوة العتين صحيحة) لأن المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البذل ، دل على ذلك قضاء عمر وعلى رضى الله عنهما حيث قالوا : ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم (ويجب العدة) لتوهم الشغل احتياطا استحسانا (لما بينا)

(قوله يعنى بعد التام ، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما فى خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم) أقول : ولعل الشافعى يتأرجح فى التام .

فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه) لأنه ينكر استحقاق حق الفقرة والأصل هو السلامة في الجلبلة (ثم إن حلف بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كانت بكرا فنظر إليها النساء . فإن قلن هي بكر أجل سنة) لظهور كذبها (وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج ، فإن حلف لاحق لها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كان محبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت) لأنه لا فائدة في التأجيل (والخصى يؤجل كما يؤجل العنين) لأن وطأه مرجو

وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب (قوله وإن نكل أجل سنة) سواء جعل النكول إقرارا أو بدلا فكأنه أقر بعدم الوصول إليها (قوله وإن كانت بكرا) يعني إذا نكل وكانت بكرا وقت النكاح لا يستحلف بل تراها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبها ، وقوله فإن قلن خرج على ما هو الأولى من إرادتها لأمريتين ثم جعلهما جمعا وإلا فالواحدة العدة تكفي نص على العدالة في كافى الحاكم والثنتان أحوط . وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج ، فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب وإلا فبكر ، أو تكسر وتسكب في فرجها ، فإن دخل فثيب وإلا فبكر ، وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب ، وإن قلن ثيب تثبت الثبوت ولا يثبت وصوله إليها لأن البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها ، غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة بأصبعه ونحوه فيحلف أنه وصل إليها ، فإن حلف تقرر النكاح وإن نكل أجله سنة ثم فرق بينهما إن لم يصل إليها ، ثم إذا أجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما إذا اختلفا قبل التأجيل ، إن كانت بكرا فنظرن إليها ، فإن قلن بكر غيرت للحال بين الإقامة والفرقة ، وإن قلن ثيب حلف فإن نكل غيرت وإن حلفا استقر النكاح ، وإن كانت ثيبا في الأصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له ، فإن حلف استقر النكاح ، ولو نكل أجل وغيرت بعده ، وفي موضع تخير يعتبر المجلس كتخيير الزوج ، فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أئونة القاضي ولو مكروهة لزم النكاح لأنه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام ، وإذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها ، فإن أبى فرق بينهما . كذا ذكره محمد في الأصل . وقيل تقع الفرقة باختيار نفسها ولا تحتاج إلى القضاء كخيار الخيرة (قوله لأنه لا فائدة في التأجيل) لأنه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة ، بخلاف الخصى لأن آلته قائمة ، وإنما سلت خصيته أو وجى ، والموجوء الذي رضى خصيته .

يعنى في باب المهر هذا إذا أقر الزوج بعدم الوصول إليها ، وإن ادعاه وأنكرته (فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفقرة) حقيقة وإن كان مدعيا للوصول صورة (والأصل في الجلبلة السلامة) وكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمدعى إذا ادعى رد الدوية القول قوله لأنه منكر معنى وإن كان مدعيا صورة (ثم إن حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كانت بكرا فنظر النساء إليها ، فإن قلن هي بكر أجل سنة ، وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج) لإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط العيين مع شهادتهن ليكون حجة (فإن حلف لاحق لها ، وإن نكل يؤجل سنة) ثم كيف يعرف أنها بكر أو ثيب ؟ قالوا : يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج ، فإن دخل بلا عنف فثيب وإلا فبكر ، وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب ، وقيل تكسر البيضة فتصب في فرجها فإن دخلت فثيب وإلا فبكر . قوله (وإن كان محبوبا فرق بينهما في الحال) ظاهر :

(وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعها وأنكرت نظر إليها النساء . فإن قلن هي بكر خيرت) لأن شهادتين تأيدت بمؤيد وهي البكارة (وإن قلن هي ثيب حلف الزوج ، فإن نكل خيرت) لتأييدها بالنكول ، وإن حلف لا تخير . وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه (فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لأنها رضية ببطلان حقها ، وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

قال لي بعض أهل الماشية إنه تهرس الحصبان وهو صغير موسا شديدا ثم يحسان إلى فوق إلى أن يرتفعا إلى ظهره فلا يودان ، ويكون نشيطا كثير الجماع إلا أنه لا يجمل ، فالتوقع واقع فيؤجل كالعينين (قوله وإذا أجل العنين سنة فقال الخ) قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل بالاختلاف قبله فلا نعيده .

[فرع] الخشي إذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز ، فإن وصل إليها وإلا أجل كالعين ذكره الحاكم . وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء : أعنى المحبوب والنحس والعنين وهي عالة بحاله فلا خيار لها ، وإن لم تكن عالة به فلها المطالبة بالفرقة (قوله هو الصحيح) صحه أيضا صاحب الوقعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسي وقاضيهان وظهير الدين من اعتبارها همسية ، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وما ضربت السنة إلا للتوصل إلى صلاح الطبع ورفع المانع ، فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها . وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولوا وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة ، فإذا أطلق السنة انصرف إلى ذلك مالم يصحوا بخلافه ، ثم زيادة الشمسية قبل أحد عشر يوما . وعن الحلواني : السنة الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم ، والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت في نسخة . ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا . وقيل القمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه ، والشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم إلا جزءا من ثلاثمائة جزء من يوم ، وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلاث وربع عشر يوم بالتقريب ، والذي يظهر أن هذا كله محدث . وعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى إليه ، وكذا قول الراوى عن عمر في المرأة التي أتت إليه فأجله حولاً من غير تقييد في السنة ، والحول لم يرد حينئذ إلا ما بالأهلة هذا الذى تعرفه العرب وأهل الشرع ، على أن الحول

قوله (وإن قلن هي ثيب حلف الزوج) حاصله أن الإراة للنساء مرتين مرة قبل الأجل للتأجيل ومرة بعد الأجل للتخير (فإن نكل خيرت لتأييدها بالنكول) أى لتأييد دعوى المرأة أنه لم يجامعها بنكول الزوج عن البين (فإن حلف لا تخير) لبطلان حقها (وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه) يعنى قوله فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة (فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضية ببطلان حقها) وكذلك إذا قامت من مجلسها أو أقامها آخوان القاضى أو قام القاضى قبل أن تختار شيئا بطل خيارها لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج أمرته وذلك موقف بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها ، فإذا رضية بالإسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار إلى أن قامت أو أقيمت سقط حقها فلا تطلب بعد ذلك بشئ ، فإن اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج أن يطلقها ، فإن أبى فرق القاضى بينهما كما مر . قال (وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية وهي ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما . وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم

ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه (وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي : ترد بالعيوب الخمسة وهي : الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حساً أو طبعاً

لم يعرف يعرف آخره اسم السنة هو الذي توارده عليه العرفان ، والله سبحانه أعلم (قوله وتعتبر بأيام الحيض) أي تحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة (قوله ولا تحتسب بمرضه ومرضها) هكذا مطلقا ، وعن أبي يوسف إذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه ، وإن كان أكثر لم يحتسب ويعوض عنه لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه ، فكذا النصف من كل شهر ، وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف . وفي رواية : إن ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به ، وفي رواية إن مدة الكثرة سنة ، وفي رواية : أكثر السنة . وعن محمد : لو مرض في السنة يؤجل بمقدار مرضه ، قيل عليه الفتوى ، فإن حج أو غاب هو احتسب عليه . لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة . ولو كان محرما وقت الحصة قال محمد : يؤجل بعد إحرامه فلا يكون علرا ، بخلاف ما إذا حجت هي أو غابت لا يحتسب عليه لأن العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض ، فإن حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المحبة إلى السجن لم يحتسب عليه ، وإن لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وإن لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب ، ولو رافقته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافقة إن كان قادرا على الإعتاق ، وإن كان عاجزا أمهله شهرى الكفارة ثم أجله قيم تأجيله سنة وشهرين ، ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلفت إلى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة (قوله وإذا كان بالزوجة عيب) (النخ) الحاصل أنه ليس

(ويحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة أيام التأجيل أيام أخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لأن الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها (ولا تحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه) أي عن المرض فلم يكن في معنى أيام الحيض وشهر رمضان ويعوض للملك من أيام أخر وعليه فتوى المشايخ . وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وإن كان أكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها ، وكذلك الغيبة لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار يكون الليل يكون نصف الشهر ، فثبت أن نصف الشهر محسوب عليه . وعنه أنهما إذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض . وعن محمد رحمه الله أن مرض أحدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك ، وإن كان المرض شهرا لا يحتسب ويؤاد في مدته بقدر مدة المرض (وإذا كان بالزوجة عيب) أي عيب كان (فلا خيار للزوج في فسخ النكاح . وقال الشافعي : ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق) بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطيع جماعها لارتقاء ذلك الموضع : أي لاسداده ليس لها خرق إلا المبال (والقرن) بسكون الراء . قال في المغرب : وهو إما غدة غليظة أي لحمية مرتفعة أو عظم تمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك . قال : لأنها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حساً أو طبعاً ، أما حساً في الرتق والقرن ، وأما طبعاً في الجذام والبرص والجنون لأن الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسرى إلى الأولاد

والطبع مؤيد بالشرع . قال عليه الصلاة والسلام « فر من المجلوم فرارك من الأسد » .

لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح يعيب في الآخر كائنا من كان عند أي حنيفة وأبي يوسف ، وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه . وفي الميسوط : إنه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم . وعند محمد : لا خيار للزوج يعيب في المرأة ولها هي الخيار يعيب فيه من الثلاثة : الجنون ، والجذام ، والبرص . وقال الشافعي رحمه الله : لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة ، وللزوج الفسخ إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا ، فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة ، وهو قول مالك وأحمد . وقال الزهري وشريح وأبو ثور وترد بجميع العيوب ، وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات ، والقفل من الأول والآخر على البناء للمفعول فيقال جُذِمَ وجُنَّ إذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجلوم ومجنون ، ولا يقال أجلم ولا أجن ولا مجن ، وثلاثة من أساء المفعولين من أفعال جاءت على مفعول دون مفعول على غير قياس : مجنون وعزون من أحرزته الله ومحبوب من أحبه الله ، وجاء على القياس في الثالث في قول عنتره :

ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزلة الحب المكرم

والقفل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله . والرتق الالتحام ، والرتقاء هي الملتحمة . والقرن في الفرج إما غدة غليظة أو عظم يمنع سلوك الذكر . للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها ، وثلاثة أقيسة في بعضها . أما النص فما روى أنه صلى الله عليه وسلم ردّ بالعيب ، قال لقي رأى يكسحها وضحا أو يياضا الحقى بأهلك ففصار البرص منصوبا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجماجم أنه ينفر منه الطبع ، وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو المباحدة والقرار فإنه جنس الفسخ ، قال النبي صلى الله عليه وسلم « فر من المجلوم فرارك من الأسد » ويعمل الجذام منصوبا عليه في هذا الحديث لأن الفرار يثبت بفسخ نكاحه . والحديث رواه البخاري تعليقا عن أبي هريرة قال صلى الله عليه وسلم « لاعدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر » ، وفر من المجلوم فرارك من الأسد » ويقاس النكاح على البيع في أنه يفسخ بهذه العيوب ، هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح ، وقياسا على المحبوب بجماجم المنافع الحسى فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما . قلنا : أما الحديث الأول فلم يصح لأنه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد ابن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ، ولو سلم جاز أن يكون طلاقا ، فإن لفظ الحقى بأهلك من كتابات الطلاق . وأما الثاني فظاهره فيمراد للاتفاق على إباحة القرب منه ويثاب بمخدته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه . وأما القياس فتختلف فيه جزء مقتضى أو شرطه ، فإن مقتضى بفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجرى فيه المشاحصة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله ، والنكاح ليس كذلك فإن المال فيه تابع غير مقصود ، وإنما شرع إظهارا لخطر المحل ، ولهذا اختلفت لوازمهما حتى

(والطبع مؤيد بالشرع) قال صلى الله عليه وسلم « فر من المجلوم فرارك من الأسد » .

(قال المصنف : قال عليه الصلاة والسلام « فر من المجلوم فرارك من الأسد ») أقول : قال الزملي لاحية له فيه لأنه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد إباحة لأنه يجوز أن يثاب منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه له . فيه بحث إذ لم يذكره القاضي دلالة على أنه يوجب الخيار بل على كونه منفورا عنه شرعا كما أنه منفور عنه طبيعيا .

ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلله بهذه العيوب أولى ، وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل (وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما في الجلب والعنة ، بخلاف جانبها لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق . ولها أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت في الجلب والعنة لأنها يخلان بالمقصود المشروع له النكاح ، وهذه العيوب غير محلة به فافترقا ، والله أعلم بالصواب .

أجازه على عبد و فرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة أصلا ، بخلاف البيع عنده ، ثم إذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب ، وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعلة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به : وفي البيع يفسخ بدون ذلك ، ولو هزل لا يبيع لم ينفذ ، ويتعقد النكاح بالزهر به فكذلك بالعلامة مقتضية . وعن القياس الثالث يمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود بلحواز أن يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية ، وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على علمه في ذات القروح الفاحشة والبخرائر الدخيلين ، قول محمد إن وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود لوجه الأخير بخلافه وإذا وجدها كذلك لأنه يتمكن من إزالة الضرر عن نفسه بالطلاق ، ووجه دفعه ودفع قول الزهري ومن معه انتظمه دفع أقيدة الشافعي ومن معه (قوله ولنا أن قوات الاستيفاء أصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ) فاختلله بهذه العيوب أولى أن لا يوجب الفسخ ، ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بجيباتها (قوله وهذا) أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لأن الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من كل وجه على الكمال والمستحق التمكن : أي التمكن من الوطء وهو غير ممنوع لما قلنا (قوله لأنها يخلان بالمقصود) فإن قيل : جعل في المسئلة التي قبلها الاستيفاء الوطء

(ولنا أن فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ) حتى لا يسقط شيء من مهرها ، فاختلله بهذه العيوب أولى . قيل فيه ضعف لأن النكاح مؤقت بجيباتها (وهذا) أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ (لأن الاستيفاء من الثمرات) وفوت الثمرة لا يؤثر في العقد ، ألا ترى أنه لو لم يستوف ليخر أو ذفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وإنما المستحق هو التمكن وهو حاصل ، أما في الجذام والبرص والجنون فظاهر ، وأما في الباقيين فبالشق أو الفتق ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فر من المجهنم » الحديث محمول على الفرار بالطلاق ، وكذا ما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بيضا فردها » محمول على الطلاق ، لأنه روى « أنه عليه الصلاة والسلام قال لها : الحق بأهلك » وهذا من كتابات الطلاق ، وكذا ما روى عن عمر أنه أثبت لها الخيار بهذه العيوب ، ومذهبتا مروى عن علي وابن مسعود (وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد لها الخيار) لأنه تملر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الحب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواء ، بخلاف جانبها لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق (ولها أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت في الجلب والعنة لأنها يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) وهو الوطء لأن شرعية النكاح لأجل الوطء (وهذه العيوب غير محلة به فافترقا) فإن قيل : قد جعل المصنف الوطء فيها إذا كان بالمرة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار

(قال المصنف : ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ) أقول : وفيه نظر لأن النكاح مؤقت بجيباتها كما سيأتي (قوله الحديث محمول على الفرار بالطلاق) أقول : فيه بحث (قال المصنف : لأنها يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) أقول : فإن قيل جعل

باب العدة

من الثمرات أفلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتغيرن في الفسخ بالجب وهذا تدافع . أجيب بأن الوطء له جهتان : جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوالد فإنه لا يحصل إلا به ، وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاحه الرضيمة والآيسة ، فلو كان مقصودا لم يجر نكاح هؤلاء كما لم يجر استنجاز الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيها إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا يفسخ لتمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها ، وجهة المقصودية فيها إذا كانت به لأنها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره ، وعلى ما قرره لاحاجة إلى ذلك بل هو مطرد لا يختلف ، والله تعالى أعلم .

(باب العدة)

لما تربت العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا أوردناها عقب وجوه الفرقة من الطلاق والإبلاء والفسخ

الفسخ ، وفي مسألة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ، ويلزم عن ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح وأن لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم . قلت : هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء ، وليس ذلك بمراد ، وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به ، بخلاف العيوب الثلاثة ، والله أعلم .

(باب العدة)

العدة لما كانت أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبها للذكر وجوه التفريق في باب على حدة ، لأن الأثر يعقب المؤثر . والعدة في اللغة : أيام أقراء المرأة ، وفي الشريعة : تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكدا بالدخول أو الخلوة أو الموت ، وهو : أي هذا الزوال سببها . وشرطها وقوع الفرقة . وركنها حرمان ثابتة إلى أجل ينقضي .

في المسألة التي قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته ، وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتغيرن في الفسخ بالجب وهذا تدافع . أجيب بأن الوطء له جهتان : جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوالد فإنه لا يحصل إلا به . وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيمة والآيسة ، فلو كان مقصودا لم يجر نكاح هؤلاء كما لم يجر استنجاز الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيها إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا يفسخ لتمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها ، وجهة المقصودية فيها إذا كانت لأنها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره . وقال الشيخ أكل الدين : هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء ، وليس ذلك بمراد وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به ، بخلاف العيوب الثلاثة . ونحن نقول : فيه بحث لأن المستند صرح في أول الباب أن الحق ثابت بما في الوطء .

(باب العدة)

(قوله عند زوال ملك المتعة) أقول : أو شبهة (قوله وهو لى هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة) أقول : ليس وقوع الفرقة هو نفس زوال ملك المتعة وهل زال ملك المتعة في الطلاق الرجعي ؟ ولأننا نقول ثم زال بطريق اثنين ، وقد سبق في باب الرجعة قبيل فصل ما يصلح به المطلق (قوله وركنها حرمان ثابتة إلى أجل) أقول : أي حرمة الإزدواج والخروج كما سمي في هذا الباب من ذلك الكتاب ، فيكون

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعيّاً أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة من تحييض فعدتها ثلاثة أقراء) لقوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء -

واللعان وأحكام العنين . وهي في اللغة : الإحصاء . عدت الشيء عدة أحصيته إحصاء . وتقال أيضاً على المعلوم . وفي الشرع : تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح التأكيد بالدخول أو مايقوم مقامه من الخواة والموت . وينبغي أن يزداد وشبهته بالجر عطفاً على النكاح . والتربص الانتظار : أي انتظار انقضاء المدة بالزوج ، فحقيقته ترك لزوم شرعاً للزوج والزينة في مدة معينة شرعاً ، ولا شك أن سببها النكاح أو شبهته ، وزوال ذلك شرط ، فالإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ، ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة . قالوا : وركنها حرمت تثبت عند الفرقة ، وعند الشافعي الكف عنها ، وينبغي على ذلك أن العدتين إذا وجبتا من رجلين تتداخلان وتتفصيان بمدة واحدة عندنا وعنده لا ، وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف : هي لزوم التربص ليصبح كون ركنها حرمت لأنها لزومات ، وإلا فالتربص فعلها ، والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلاً ، وعلى هذا فما قيل في حكمها إنه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح أخيها وأربع سواها عليه لا يصح ، لأن الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض ، وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات . نعم حرمة تزوجه بأختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ، ولا شك أنه معنى كونه هو أيضاً في العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالزوج إلى مضى المدة وهو كذلك فهو في العدة أيضاً ، غير أن اسم العدة اصطلاحاً خص بربصها لا بربصه ، ولزم مما ذكر أن لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه (قوله إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعيّاً) وليس رجعيّاً في بعض النسخ وشمل طلاق الخلع واللعان خلافاً لمن قال عدة المختلة حيضة واحدة . قيل هو بناء على أنها فسخ . والحق أنه ابتداء لما تقدم في باب الخلع من الملقول ، إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثراً في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة أقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره ، وخلافاً لابن عباس في قوله : عدة المالاعة تسعة أشهر (قوله وهي حرة من تحييض) يعني ممن تحققت حيضها ولم تبلغ الإياس سواء كانت تحيض أولاً ، حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الإياس فتعدت بالأشهر ، بخلاف ما لو لم تر شيئاً أو رأت أقل من ثلاثة أيام فلأنها تعدت بالأشهر (قوله أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) مثل الانفاسخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة (قوله فعدتها ثلاثة أقراء) مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها في مدة ثلاثة أقراء لأن الحرمات تتعلق في مدة الأقراء فكان الأصل أن ينتصب لأنه ظرف زمان معرب واقع خبراً عن اسم معنى

وعند الشافعي هو كف المرأة نفسها عن أفعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه . قال (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعيّاً) ولم يقل وقد دخل بها ، لأن قوله رجعيّاً يعني عنه إذ الرجعة لا تكون إلا في المدخول بها (أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد (وهي حرة من تحييض ، فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء -)

التعريف بالتربص تعريفاً باللازم (قوله ولم يقل وقد دخل بها لأن قوله رجعيّاً يعني عنه) أقول : المتبادر في أمثاله هو التوزيع ، فلا ينبغي ما ذكره عنه مع أن قوله أو رجعيّاً غير موجود في أكثر النسخ .

والفرقة إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح ، وهذا يتحقق فيها ، والأقراء الحيض عندنا . وقال الشافعي : الأطهار واللفظ حقيقة فيها إذ هو من الأضداد ، كذا قاله ابن السكيت ولا ينظمهما جملة للاشتراك

نحو السفر غدا ، لكنه اعتبر فيه الإطلاق المجازي : أعني إطلاق العدة على نفس المدة ، ثم لا يخفى أن سبب العدة مأخوذ منه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا ، وإنما تركه المصنف لشبهة أن الطلاق قبل الدخول لا يجب فيه العدة ، قال الله تعالى - إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها - (قوله والفرقة إذا كانت الخ) لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمع لا يتناول إلا الطلاق ألحقه بالجماع ، وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق للتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق : يعني يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح إلى أن تمضي عند الطلاق بعد الدخول أنه لذلك . ثم كونها يجب للتعرف لا يعني أن يجب لغيره أيضا . وقد أفاد المصنف فيما ساقى أنها أيضا يجب لقضاء حق النكاح بإظهار الأسف عليه . فقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الأقراء وقد يفرد الثاني كما في صور الأشهر . بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يؤسف عليه إذ لا إلف ولا مودة فيه (قوله والأقراء الحيض عندنا ، وقال الشافعي الأطهار) وقول الشافعي قول مالك ، ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعبيدة بن الصامت وزيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري ، وزاد أبو داود والنسائي معبد الجهنمي ، وما ذكرناه أنه قول العبادة بناء على أنه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل ، ومن رواه عنه الطحاوي ، وثبت عنه بعض الحفاظ من الحنابلة ، وأسد الطحاوي إلى فيبصة بن ذؤيب أنه سمع زيد بن ثابت يقول : عدة الأمة حيضتان ، فعارض روايتهم عن زيد أيضا ، وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسن ابن حي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وأبو عبيدة وإسحاق وإليه رجح أحمد . وقال محمد بن الحسن في موطنه : حدثنا عيسى بن أبي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم قال : الرجل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة . وهذا الإطلاق إنما يصح منهم إذا كانت الحيض لا الطهر ، إلا إذا كان طلقها في الحيض ، فأما الطهر فيجسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة ، والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فغلبه يعني قولهم (قوله إذ هو من الأضداد) استدلال على كونه حقيقة فيها ، وهذا على طريقة أهل الأصول والفقه من

وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارة ، وأما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه (لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا) أي التعرف عن براءة الرحم (يتحقق فيها) أي في الفرقة بغير طلاق (والأقراء الحيض عندنا ، وقال الشافعي : الأطهار واللفظ حقيقة فيها) فكان من الألفاظ المشتركة بين الأضداد (كذا قاله ابن السكيت ، ولا يمكن أن يتناولهما جملة للاشتراك) فإن اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين أَوْ حقيقة ومجازا على ما عرف في الأصول ، ولا بعد في أن يكون تعرض المصنف

والحمل على الحيض أولى ، إما عملاً بلفظ الجمع ، لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا ،
أولاً لأنه معرفت لبراءة الرحم وهو المقصود ، أول قوله عليه الصلاة والسلام « وعدة الأمة حيضتان » فيلحق بياناً به
(وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى - واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم - الآية

عدم التجوز باسم الضد في الضد ، وقد وضع بعض أهل العقول من معارف الاشتراك كون المفهومين متضادين .
وأما على طريقة أهل الأدب فيجوز لفرض تمليح أو تهكم كما يقال للجان أسد أو تفاؤل كالصبر على الأذى إلا
أنها بمنزل من إفادات الأحكام الشرعية فلم يعتبر فيها . وأما في خصوص هذا المقام فالانفاق على الاشتراك وعلى
أنه لم يعم ، إنما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة إلى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما
فعل المصنف وهو محل النزاع ، ولو استدلك عليه بتضاد المفهومين كما استدلك به على كونه حقيقة فيهما كان
أحسن . لا يقال : استدلاله على أنه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك . لأننا نقول : لا يلزم من كون اللفظ حقيقة
في متعدد اشتراكه لفظاً لجواز التواطؤ والتشكيك . لا يقال : ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد . لأننا نقول :
إنما وافق من جعل تعميم المشترك على منع تعميمه أنه لا يمكن الجمع ، وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد
كل من الحيض والطهر فتعتمد بمعنى ثلاثة أطهار وثلاث حيض إنما يمتنع إذا أريد تحقيقهما في زمن أحدهما (قوله
والحمل على الحيض أولى) ادعى الحقيقة في محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كأنه لعدم دليل معتمد له وذلك
أن قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي يجمع على قروء ، وأما بمعنى الحيض فإنما يجمع على أقراء دعوى لا دليل
عليها ، وكونه وقع في شعر الأعشى كذلك حيث قال :

أني كل عام أنت جاشم غزوة تشد لأقصاها حزم هزالكا

لكونه من الأضداد إشارة إلى نفي قول من يقول إنه مجاز في أحدهما لأنه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الأضداد
ينفيها ، وهذا أيضاً مما عرف في الأصول فلا بد من الحمل على أحدهما . والحمل على الحيض أولى لمعان : أحدهما
العمل بلفظ الجمع : يعني القروء فإنه جمع قرء بالفتح والضم ، ووجهه أن أقل الجمع ثلاثة ، وذلك إنما يتحقق
عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما أن الطلاق يوقع في طهر وهو الستة ، ثم هو محسوب عن الأقراء عند من
يقول بالأطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرعين وبعض الثالث ، ولفظ الثلاثة في قوله تعالى - ثلاثة قروء - خاص
لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد ، وهو لا يحتمل النقصان ، وهذا أيضاً مما عرف في الأصول وقد قررناه
في الأنوار والتقرير ، بخلاف ما لو أريد بالقروء الحيض فإنه يكمل ثلاثاً . والثاني أن الحيض معرف لبراءة الرحم
لأن براءتها إنما تظهر بالحيض لا بالطهر ، لما أن الحمل طهر يمتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بأنها حامل أو حائض
وهو أي التعرف هو المقصود . والثالث قوله صلى الله عليه وسلم « وعدة الأمة حيضتان » والرق إنما يؤثر في
التنصيف لا في النقل من الطهر إلى الحيض فيلحق بياناً به : أي فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بياناً (وإن
كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى - واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم

(قوله عند من يقول بالأطهار) أقول : يعني عند الشافعي (قوله ولفظ الثلاثة في قوله مع ثلاثة قروء الخ) أقول : فيه بحث ، فإن التصريح
لفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع إلى هنا ، فالأولى أن يفسر لفظ الجمع في كلام المصنف بالثلاثة فإنه جمع معنى وإن لم يكن صيغة
ولا فالجمع يطلق على فردين وبعض كافي قوله تعالى - الحج أشهر معلومات - (قال المصنف : لقوله تعالى واللاتي يئسن من المحيض الآية) أقول :
لا يخفى عليك أن المقابلة للأضداد ثلاثة أشهر التي تمخص لصغر هو آخر الآية لا ما ذكره فليقتل .

(وكذا التي بلغت بالنسب ولم تحض) بآخر الآية (وإن كانت حاملا فعندئذ أن تضع حملها) لقوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - (وإن كانت أمة فعندئذ حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة تطليقتان وعندئذ حيضتان » ولأن الرق مصنف والحبيضة لا تتجزأ فكملت فصارت حيضتين ، وإليه أشار عمر بقوله : لو استطلعت جعلتها حيضة ونصفها

مورثة مالا وفي الحي رخصة لما ضاع فيها من قسوه نساءكم
أي من أطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه ، وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم « دعى الصلاة أيام أقرائك » لا يوجب ، فقد روى أبو داود والنسائي قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش « فانظري فإذا أتاك قروك فلا تصلي ، فإذا مر قروك فتطهري وصلي » وقال الرازي :

يارب ذي ضغن وضب فارضى له قروء كقروء الحائض
يريد كحيض الحائض ، فإن المعنى أن عداوته تجتمع فتبيع كدم الحائض ، على أنه قد قيل في بيت الأعشى : إن المراد نفس الزمان : أي زمان الطهر ، فإن القرء يقال للزمان لغة كثيرا ، واستدلوا بم قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها إن شاء فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » يعنى بالأمر قوله تعالى - فليقلن من بعدن - لا يصح لأنه بناء على أن اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ، ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنته له لاقتضائه وقوعه في وقت العدة وقراءة ولقب عديته في صحيح مسلم تنفيه إذ أفادت أن اللام فيه مفيدة معنى استقبال عديته وهذا استعمال محقق من العربية يقال في التاريخ يراجع العربية خرج للثلاث بقين ونحوه ، ويؤيده ما قال الطحاوي أن النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ، ومذهب ابن عمر أن الأقراء الحيف فلم يفهم أنها الأطهار ، وهذا بناء على ما بيناه عنه من خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا ، وتمسكهم بتأنيث العدد في قوله تعالى - ثلاثة قروء - وهو يقتضي تأنيث العدد والطهر هو المذكر لا الحيف ، فلو أراد الحيف لقليل ثلاث قروء ليس بشيء لأن الشيء إذا كان له إسمان مذكر كالبر والخنطة ولا تأنيث حقيق يؤنث عدده إذا أضيف إلى اللفظ المذكر ويذكر إذا أضيف إلى المؤنث ، وفي العربية إذا كان المعدود مؤنثا واللفظ مذكرا أو بالعكس فوجهان ، وما نحن فيه كذلك ، فإن للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنثا وهو الحيف فحين أضيف إلى المذكر أنث ، وكذا على الأصل الآخر فإن الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده . ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه : الأول قوله عملا بلفظ الجمع : أي العدد فإنه جمع معنى لاصيغة ، أو يريد الجمع الصيغي المقرون بالعدد تنصيها على المراد بكيتها : أي لفظ قروء المقيدة بثلاثة فإنه منقطع عنه إحتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع ، فكيف بالكية التي ليست حقيقة . الجمع وهي اللازمة من حمله على الأطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث إذا وقع في الطهر وإلا لزم لإحداث قول ثالث ، إذ كل من قال إنه الطهر قال تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعي للدلالة والثبوت ، بخلاف ما إذا حل على الحيف ، فإنه لو وقع الطلاق في الحيف لا يحتسب بتلك

فعدتين ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن - (وكذا التي بلغت بالنسب) أي خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى - واللائي لم يحضن - عطفت اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خيرا واحدا ، وفي هذا دلالة ظاهرة على أن الأصل في العدة الحيف والشهور بدل عنها ، حيث جعل الأشهر عدة بشرط عدم الحيف كما في قوله تعالى - فلم تجدوا ماء فتيمموا - (وإن كانت حاملا فعندئذ أن تضع حملها) لقوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وقوله (فإن كانت أمة) ظاهر .

(وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف) لأنه منجز فأمكن تنصيبه عملا بالرق (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر) لقوله تعالى - ويلزون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً -

الحیضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكيل وهو جائز ، إذ لا يمكن التوصل إلى حقيقة إقامة الواجب إلا بها ، بخلاف طهرين وبعض الثالث فإنه لم يتحقق فيه حقيقة أصلاً . لا يقال : قد أريد بالعدد غير كميته المفادة به في قوله تعالى - إن تستغفر لهم سبعين مرة - لأننا نقول : لم يرد بالعدد عدد آخر مابين له بل مجرد التكثير ، وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلاً ثمانون أو مائة . الثاني قوله ولأنه أى الحيض هو المعروف بالذات لبراءة الرحم ، بخلاف الطهر لأنه وإن دل فبواسطة الحيض الذى يستلزمه لأنه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالجلل إذ لو انسد به لم تحض عادة ، ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا « حتى يستبرأ أن يحيض » ولم يقل بطهر . الثالث هو قوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » وتقدم في باب الطلاق تخريجه . وأسند الشافعى : حدثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبى طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضى الله عنه قال : ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعد الأمة حيضتين ، فإن لم تكن تحيض فشهرين أو شهراً ونصفاً . وكذا رواه الدارقطنى . والإجماع على أنها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكيفية فيلتحق قوله تعالى - ثلاثة قروء - للإجماع الكائن بالاشتراك بينا له . ومن الأدلة الظاهرة فيه قوله تعالى - واللاتى يشن من الحيض من نسائكم - إلى قوله - فعدتهن ثلاثة أشهر - إذ لا شك في أن الاعتداد بالأقراء أصل والأشهر خلف عنه إنما يصار إليه عند عدمها ، فلما علق سبحانه وتعالى المصير إليه بعدم الحيض دل أن الحيض هو المراد بالأقراء في الآية وكونه يتعدم الطهر بعدم الحيض ، فالتعليق بعدم الحيض إنما هو لعدم الطهر احتمال يقابله الظهور ، إذ الظاهر تعليق المصير إلى الخلف بعدم حين ماشرع أصلاً لا بعدم شيء آخر يستلزمه ، فكان الأصل أن يقال واللاتى يشن من القروء ، فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم أنه لإفادة أنه هو .

[فرع] تنقضى عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطئها وهى معتدة علماً بحرميتها ، بخلاف مالو ادعى الشبهة أو كان منكراً إطلاقاً فإنها تستقبل العدة ، وإذا كان منكراً حتى لم تنقضى العدة ليس لها أن تطالبه بتفقه هذه العدة ، ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل له نكاح أختها (قوله وإن كانت لا تحيض) لصبر بأن لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه ، وأقله تسع على المختار ، أو كبر بأن بلغت سن الإياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى - واللاتى يشن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر - ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا : قد علمنا عدة التى تحيض فالتى لا تحيض لا ندرى ما عدتها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية . والمعنى : إن ارتبتم في عدة التى لم تحض فلم تعلموها فإنها ثلاثة أشهر . وقيل إن ارتبتم في الدم الذى تراه من بلغت سن الإياس أمو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر : ثم قال المصنف : وكلتا التى بلغت بالسن ولم تحض تأخر الآية : يعنى قوله تعالى - واللاتى لم يحضن - يعنى التى لم تبلغ بالحيض بل بالسن بأن بلغت خمس عشرة سنة على

وقوله (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويلزون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً -) نسخ قوله تعالى - بوجبة

(وعدة الأمة شهران وخمسة أيام) لأن الرق منصف (وإن كانت حاملا فعندئذ أن تضع حملها) لإطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -

قولها وسبع عشرة سنة على قول أنى حنفية ومالك ولم تحض إذا طلقت تعتد بالأشهر أيضا ، ثم إن وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بأشهر هلالية اتفاقا ، وإن وقع في أثناء الشهر اعتبر كلها بالأيام فلا تقضى إلا تسعين يوما عند أنى حنفية ، وعندهما يكمل الأول ثلاثين من الشهر الأخير والشهران المتوسطان بالأهلة ، والله أعلم . ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فإنه جمع بين التي لا تحض لصغر أو كبير في الاعتداد بثلاثة أشهر ، واستدل على ذلك بقوله تعالى - واللاتي يئسن من المحيض - الآية ، ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال : وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية . ولا يخفى أن آخرها : أعنى قوله تعالى - واللاتي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التي لم تحض لصغر كما أنه المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن . والحاصل أن من كان طهرها أصليا فعندئذ بالأشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض ، وإن استمرت لا تحض إلى ثلاثين سنة فعندئذ ثلاثة أشهر أو هي مراقة أو لم تبلغ إلى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه أنه تسع أو سبع ، والأول أصح . وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل أنها إذا كانت مراقة لا تنقض عدتها بالأشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا ، فإن ظهر حبلها اعتدت بالوضع ، وإن لم يظهر قبل الأشهر . وينبئ على هذا أن تحسب بالأشهر التي وقفت ليظهر حبلها إذا لم يظهر ، فإنه ظهر بعدم الحبل أن تلك الأشهر كانت هي العدة ، وغاية الأمر أنها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت . ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراقة في أثناء الأشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحض . هذا وعمن ذكر أنها تعتد بالأشهر المستحاضة التي نسيت عادت ، وهو مما يلغز فيقال : مطلقة شابة ترى ما يصلح حضا في كل شهر وعدتها بالأشهر ، لكن في التحقيق ليس عدتها إلا بالحض ، لكن لما نسيت عادت ، جاز كونها أول كل شهر أو آخره ، فإذا قدرت بثلاثة أشهر علم أنها حاضت ثلاث حيض يتيقن ، بخلاف التي لم تقس فإنها تدر إلى أيام عادت ، فجاز كون عادت أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث . واعلم أن إطلاقهم في الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة المناسبة لعادتها لا يصح إلا إذا طلقها أول الشهر ، أما لو طلقها بعد ماضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبئ أن يعتبر ثلاثة أشهر غير باق هذا الشهر والوجه ظاهر . ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي ضلت عادت بثلاثة أشهر ، ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لأنها غير مخاطبة بل يقولون تعتد . وفي المبسوط : قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ، ولكن الولي مخاطب بأن لا يزوجه حتى تنقضى مدة العدة مع أن العدة مجرد مضى المدة فبوتها في حقها لا يردى إلى توجيه خطاب الشرع عليها ، ولا يخفى أن القائل الأول قوله مبنى على أنه يراها الحرمات أو الربعس الواجب . فإن قلت : : وعلى تقدير كونها مضى المدة أليس أن فيها يجب أن لا تزوج فلا بد أن يتعلق

لأزواجهم متاعا إلى الحول غير لإخراج - واستدل عليه بما روى « أن المتوفى عنها زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال ، فقال صلى الله عليه وسلم : كانت إحداكن في إلهامية إذا توفى عنها زوجها فعدت في شر أجلها في بيتها حولا ثم خرجت فمرت كلبه بكرة أفلا أربعة أشهر وعشرا » فسقط استدلال من يقول لها عدتان طويل وهي الحول والقصر وهي أربعة أشهر وعشرا ، وإن الأولى هي العدة الكاملة وإن الثانية رخصة (وعدة الأمة شهران وخمسة أيام) لما عرف غير مرة أن الرق منصف (وإن كانت حاملا فعندئذ أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -) وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما . وكان على يقول : تعتد بأبعد الأجلين ، إما بوضع الحمل وإما بأربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد ،

خطاب نهي التزوج بالولي فجعلها المدة كما قال خمس الأئمة لا يستلزم انتفاء قول الأول مخاطب الولي بأن لا يزوجه. فالجواب لا يلزم ، فلما إذا قلنا بأنها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا بخطاب أحد بل بوضع الشارع عدم الصحة لو فعل (قوله وإن كانت حاملا) يعنى المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وإن كانت أمة وأطلق في تناول الحمل الثابت النسب وغيره ، فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه ، وسنين ذلك في مشكلة الصغير . وفي المتن : إذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين إلى الأليتين . وفي الخلاصة : كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها ، ولتوفي عنها زوجها إذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور (قوله وإن كانت) أى المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » ولأن الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المهرات وغيره والحصة لا تتجزأ فكملت ، وثبت الزيادة لضرورة التكليف واجب لأن فيه تحقيق الواجب على ما تقدم أنفا (قوله ولأبيه أشار عمر) أى إلى أن تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت إلى آخره . أخرجه عبدالرزاق : حدثنا ابن جريج عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول : أخبرني رجل من ثقيف قال : سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول : لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصفا فعلت ، فقال له رجل : لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر . ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار بباقي سند عبدالرزاق ، ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله لأنه كان يتكلم في ذات الأقراء ، والعدة بالأشهر لا تكون إلا لمن أبس منها ، فشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور ، وأما إذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه والمديرة والمكاتبه . وأم الولد في الطلاق والنسخ كالأمة (قوله وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) سواء كانت مدخولا بها أو لا مسلمة أو كاتبة تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو أيسة وزوجها عبد أو حر حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حملها . وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ، ورخصة الأربعة الأشهر والعشرة الأيام لقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم - الآية . والجمهور على نسخها بآية الأشهر : أعنى ما كان من وجوب الإيصاء والإيقاف إلى الحول . وقال الأوزاعي : أربعة أشهر وعشر ليال ، فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز أخذها من تذكير العدد : أعنى العشر في الكتاب والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحمل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحمد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » فيجب كون المعلوم الليالي وإلا لأئنه . قلنا : الاستعمال في مثله من ذكر عدة الليالي يدخل ما يلزأها من الأيام على ما عرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال لسبع خلون مثلا ويراد كون عدة الأيام كذلك ، وإن كانت أمة فشهرا وخمسة أيام على وزان ما تقدم ، ثم ابتداء المدة من وقت الموت ، وعن علي رضي الله عنه : من وقت علمها ، حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور ، وعنده رضي الله عنه : لا تنقضي العدة حتى تمر عليها من حين علمت لأن عليها الإحداد ولا يمكن إقامة إلا بالعلم . قلنا : قصاره أن تكون كالعامة ولو علم حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على أن المقصود الأصل منها علم الزوج وقد وجد ، ومعنى العبادة تابع لما سيدكر لأن قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن - الآية ، يقتضى الاعتداد بوضع الحمل ، وقوله - يربعن بأنفسهن -

(١) سبق الكلام على هذه الفتوات في ص ٣١٠ وكررت هنا لزيادة الإيضاح اهـ مصححه .

(٢) هذه القولة متباينة موجودة أيضا في ص ٣١٠ اهـ مصححه .

وقال عبد الله بن مسعود : من شاء باهله أن سورة النساء القصصى نزلت بعد الآية التى فى سورة البقرة . وقال عمر : لو وضعت وزوجها على سريريه لانتقضت عدتها وحل لها أن تزوج

ووجوبها على الكفاية تحت المسلم يؤيده (قوله وإن كانت) أى المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حرة كانت أو أمة كالمطلقة والمتاركة فى النكاح القاسد والوطء شبهة إذا كانت حاملا كذلك لإطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وكان على رضى الله عنه يقول : لابد من الوضع والأربعة أشهر وعشتر ، وهو قول ابن عباس ، لأن هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل ، وقوله تعالى - يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا - يوجبها عليها فيجمع احتياطا . وفى موطن مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا فى المرأة تنفس بعد زوجها بليل ، فقال أبو سلمة : إذا وضعت ماى بطنها فقد حلت ، وقال ابن عباس : آخر الأجلين ، فقال أبو هريرة رضى الله عنه : أنا مع ابن أخى : يعنى أبا سلمة ، فأرسلوا كريبيا مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبی صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك ، فأخبرهم أنها قالت : ولدت سبعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليل ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قد حلت فانكحى من شئت . وفى الترمذى : أنها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوما . وأخرج البخارى عن ابن مسعود قال : أتبعولون عليها التغايط ولا تجمعون لها الرخصة ، لنزلت سورة النساء القصصى بعد الطولى يريد بالقصصى - يا أيها النبی إذا طلعت النساء - والطولى البقرة ، والمباهلة الملاعة ، كانوا إذا اختلفوا فى شيء اجتمعوا وقالوا بيلة الله على الظالم منا ، وقيل هى مشروعة فى زماننا . وقد ورد بلفظ الملاعة أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه بلفظ : من شاء لاعتته لأنزلت سورة النساء القصصى بعد الأربعة أشهر وعشتر . وأخرجه البراز بلفظ : من شاء حالفته . وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل فى مسند أبيه عن أبى بن كعب رضى الله عنه « قلت للنبی صلى الله عليه وسلم - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - المطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها زوجها فقال : هى المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها » وفيه المثنى بن صباح وهو مترك . وقول عمر رواء فى الموطأ عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التى توفى عنها زوجها وهى حامل فقال : إذا وضعت حملها فقد حلت ، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر قال : لو وضعت وزوجها على سريريه ولم يدفن بعد حلت . وفيه رجل مجهول . وفى الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الأرقم أنه دخل على سبيعة بنت الحارث الأسلمية فسألها عن حديثها ، فأخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بنى عامر بن لؤى ، وكان بمن شهيد بدرا ، فتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل ، فلم تنشب أن وضعت حملها ، فلما تملت من نفاسها تجمعت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنايل ابن بعكك رجل من بنى عبد الدار فقال : ماى أراك متجملة لهلك ترجين النكاح ، والله ما أنت بناكحة حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشتر ، قالت : فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أممست ، فأثيت النبی صلى الله عليه وسلم فسأته عن ذلك ، فأثتت أنى قد حلت حين وضعت حملى ، وأمرنى بالتزويج إن بدأ لى . وكلما كان الاعتداد بالوضع لاتنقضى العدة إلا بوضع الكل ، فلو وضعت ولدا وفى بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أثتاتى أنى قد حلت حين وضعت يرد قول من قال من السلف : لا حمل حتى تنقضى مدة نفاسها ، كأنهم أشخلوه من

يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشتر فيجمع بينهما احتياطا (وقلنا : قال عبد الله بن مسعود : من شاء باهله أن سورة النساء القصصى - يعنى سورة - يا أيها النبی إذا طلعت النساء - إلى آخرها نزلت بعد التى فى سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى - وأولات الأحمال - متأخر عن قوله - يتربصن بأنفسهن - فيكون ناعضا فى ذوات الأحمال (وقال عمر : لو وضعت وزوجها على سريريه لانتقضت عدتها وحل لها أن تزوج)

(وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : ثلاث حيض ، ومعناه إذا كان الطلاق بانئا أو ثلاثا ، أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع . لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض ، وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لاقى حق تغير العدة ، بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه . ولها أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة

قوله : فلما تطلعت من نفاسها قال لها انكحي من شئت . رتب الإحلال على التعلل فيترامى توقفه على الطهر فينقيد به ، لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ، ولو تزوجت بعد الأشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق باليت (قوله وإذا ورثت المطلقة في المرض) يتعلق بالمطلقة : أي ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا ومات وهي في العدة (فعدتها أبعد الأجلين) أي الأبعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض . فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشر لم تنقض عدتها حتى تستكملها ، وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تحض لها ثلاث حيض بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي ، وإن مكثت سنين مالم تدخل سن الإياس فتعد بالأشهر . إذا عرفت هذا فمن فسر أبعد الأجلين بأنها تمتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر . إذ لا يصدق إلا إذا كانت الأربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض ، وصحيفة الحال أنه لا بد من أن تربص آخر الأجلين . وهذا الحكم ثابت في صور إحداها هذه . والثانية إذا قال لزوجتيه أو زوجاته إحداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعل كل واحدة الاعتداد بأبعد الأجلين ولو بين في إحداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان . والثالثة أم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا . وستفصلها إن شاء الله تعالى . ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة أو ثلاثا ، أما إذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته ودخلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فلها تنقل عدتها إلى عدة الوفاة وترث ، بخلاف ما إذا طلقها بانئا في صحته ثم مات لانتقل ولا ترث بالاتفاق (قوله لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالبيان ولزمتها ثلاث حيض حكما له ، وإنما تلزم عدة الوفاة إذا انقطع بالموت وليس فليس ، وإنما بقي في حق الإرث) لإجماع الصحابة ردا لقصده السني عليه ، وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة ، بخلاف الرجعي لأن النكاح قائم من كل وجه

(وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين) عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بانئا أو ثلاثا أبعد الأجلين أن تمتد أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض ، حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشر ولم تحض كانت في العدة مالم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لاتنقض عدتها حتى تتم المدة عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : ثلاث حيض وأما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع . لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لأن الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ، ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لأن عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك . فإن قيل : لو كان كذلك لما بقي في حق الإرث . أجاب بقوله إلا أنه بقي في حق الإرث : يعني بالدليل الدال على توريثها (لا في حق تغير العدة ، بخلاف الطلاق الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه) لما تقدم (ولها أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة) وبيان الملازمة بقوله (إحيطا) نيانه أن إنما أعطيتها الميراث باعتبار أن

احتياطاً فيجمع بينهما ، ولو قتل على رده حتى ورثته امرأة فعلتها على هذا الاختلاف . وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من الكافر (فإذا عتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وإن عتقت وهي متبوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنقل عدتها

وإنما انقطع بالموث فتجب عدة الوفاة فيه (قوله فيجمع بينهما) أي بين عدة الطلاق والوفاة ، وذلك لأنه انقطع بالوفاة حقيقة وبالموث حكماً ، أما الأول فيفرض المسئلة أنه أبانها قبل الموت وباعتباره يجب عدة الطلاق . وأما الثاني فاعتبار قيام النكاح عند الموت فإن توريتها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريتها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة ، لكن بقى قول أبي يوسف إن اعتباره قائماً لرد قصده عدم توريتها عليه لاستلزام أن يبقى في حق العدة . وجوابه أن الإرث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به ، فإذا بقى النكاح شرعاً في حق الإرث فلا ينبغي في بعض العدة أولى مع أن الأصل أن الشيء إنما يثبت بآلزمه ، وهذا هو معنى قول المصنف احتياطاً (قوله ولو قتل على رده الخ) جواب عن مقيس عليه مقدار لأبي يوسف ، وهو أنه لو ارتدت زوج المسلمة مات أو قتل على زده ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لأن زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة . فكذلك هنا زواله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت ، فأجاب بمنع حكم الأصل أولاً فقال : لا تسلم أنه لا يلزمها عدة الوفاة بل تلزمها إليه أشار الكرخي ، وما ذكرت من مذهبك فهو على الخلاف فيلزمها الجمع بين المدة والحيض فلا يصح به الإلزام . ولئن سلمنا أن لزوم الحيض اتفاقاً فالقول أن توريتها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعاً قائماً إلى الموت ، لأنه لو اعتبر كذلك لم ترث إذ لا يرث المسلم الكافر فيلزم العلم باعتبار استناد الإرث إلى وقت حدوث الردة اعتباراً لردة موتاً حكماً وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان ، غير أنه زال به إسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة (قوله فإذا عتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه) أي بعد الطلاق

النكاح بمنزلة القائم بينهما حكماً إلى وقت الموت . أو باعتبار إقامة العدة مقام أصل النكاح حكماً ، إذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت ، والميراث لا يثبت بالشك والعدة يجب به ، فإذا جعل للنكاح في حكم الميراث كالتنهي بالموت حكماً ففي حكم العدة أولى ، وسبب وجوب العدة عليها بالحيض مقترن حقيقة فائز منها بالجمع بينهما احتياطاً . وقوله (ولو قتل على رده) جواب عما استدل به أبو يوسف فقال : ألا ترى أن المرتد إذا مات أو قتل على رده ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالإجماع لأن زوال النكاح كان برده لا بموته فكذلك زوال النكاح هنا بالطلاق البائن لا بالموت . وتقديره أن ذلك أيضاً على هذا الاختلاف عندهما تعتد بأبعد الأجلين فلا ينتهض دليلاً . وقيل عدتها بالحيض بالإجماع وعلمهما عن ذلك ما ذكره في الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث لأنها عنده مسلمة ، والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة ، وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة ، وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند غطاط ، ففردنا أن النكاح كالتقائم بينهما إلى وقت الموت حكماً . وقوله (فإذا عتقت الأمة في عدتها)

(قوله أر باعتبار إقامة العدة الخ) أقول : فيه تأمل ، فإنها لا تنتهي بالموت وإنما موجودة في طلاق الصحيح إذا مات قبل انقضاء العدة (قوله لأنها عنه مسلمة) أقول : ضمير عنه راجع إلى الموت .

إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت (وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ماضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأن عودها يطل الإياس هو الصحيح ، فظهر أنه لم يكن خلفا وهذا لأن شرط الخلفية تحقق الإياس وذلك باستدامة العجز إلى المات كالفدية

الرجعى ، فلما اعتقت والحال قيامه من كل وجه كل ملك الزوج عليها ، والعدة فى الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض ، كذا فى الكافى . ووضع فى شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال : والطلاق فى الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ، ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث فى الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم إلا أن يجعل لبقائه الحكمى حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت إجماعية لكن هى خلافية ، وبقولنا قال الشافعى فى الأظهر وأحمد وإسحاق والحسن والشعبي والضحاك . وقال مالك وأبو ثور : لا تكمل عدتها فى الرجعى والباين . وعن الزهرى وعطاء وقتادة تكمل فلا بد من إثبات اعتبار بقاءه كابتدائه . وجه قول مالك أن بمجرد الطلاق ثم سبب عدة الإماء . وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح مأكد ، فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب . وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة فى كية مخصوصة ، فالنكاح سبب للعدة عند الطلاق فقط لا بقيد كية خاصة ، إذ لا يقلل تأثير النكاح فى خصوص كمية بل فى مطلق الرضى تعرفا وتأسفا ، وتقدير الكية لحكمة أخرى سند كرها فى عدة النكاح الفاسد ، وحينئذ سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال إلى جميع كيات العدة البسيطة وهى أربعة . صورتها أمة صغيرة منكحة طلقت رجعيًا فعدتها شهر ونصف ، فأوحضت فى أثناءها انتقلت إلى حيضتين . فلو اعتقت قبل مقبهما صارت ثلاث حيض ، فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت إلى أربعة أشهر وعشر (قوله وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور) يمكن كون كان تامة : يعنى إذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور (قوله ثم رأت الدم) بعد انقضاء الأشهر أو فى خلالها (انتقض ماضى من عدتها) وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة ، حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرحوا به ، ويندرج فى إطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذى ذكره فى الكتاب بقوله (لأن عودها يطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا) وعلة بأن شرط الخلفية : أى خلفية الاعتداد بالأشهر عن الحيض تحقق الإياس بالنص وهو قوله تعالى - واللائى يئسن من المحيض - الآية ، والإياس لا يتحقق

ظاهر . واعترض بأن العدة حكم زوال الزوجية ، وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغى أن لا يتحول العدة فى الرجعى أيضا لأنها عند الزوال أمة ولهذا تعدت من وقت الطلاق . وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ، ولهذا تحولت بالموت من الأقراء إلى الشهور ، بخلاف البائن. فإن سببه ليس بمتعدد فلم تتحول العدة بالعتق . قوله (وإن كانت آيسة) ظاهر . وقوله (وإذا رأت على العادة) يعنى إن رأت دما سائلا ، وكان محمد بن إبراهيم الميذاني يقول : إذا رأت دما سائلا كما كانت تراه فى زمان حيضها فهو حيض ، وإن رأت بلة يسيرة لم تكن حيضا بل ذلك من نذر الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض . وقوله (لأن عودها يطل الإياس هو الصحيح) قيد بالصحيح احترازًا عن قول محمد بن مقاتل الرازى فإنه كان يقول

(قوله وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها هو الزوال ، إلى قوله : فلم يتحول العدة بالعتق) أقول : لا يقال بهذا الجواب قول المصنف لنظام النكاح من كل وجه لأن ذلك بالبينونة إذا راجع ، وأما إذا لم يراجع فالحيض يعمل عمله بن وقت وجوده وقته من فى باب الرجعة .

إلا باستدامة العجز إلى الممات كالتفدية في حق الشيخ القافى ، فإذا ظهر الدم ظهر عدم الخلطية فظهر عدم انقضاء العدة ، إلا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا ، وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلما قيده بقوله ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأنه حينئذ ظاهر في أنه ذلك المعتاد ، وعود العادة يبطل الإياس ثم فسر بعضهم هذا بأن تراه سائلا كثيرا جعله احترازا عما إذا رأت بلة سيرة ونحوها ، وقيده أيضا بأن يكون أحر أو أسود ، فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضا ، ومنهم من لم يتصرف فيه فقال معناه : إذا رآته على العادة الجارية ، وهو يفيد أنها إذا كانت عادية قبل الإياس أصفر قرأته كذلك أو علقا قرأته كذلك كذلك كان حيضا مظهرا لعدم انقضاء العدة بالأشهر ، ثم أطلق المصنف انتقاض العدة والاستئناف ، فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الإياس بمدة أولا . وذكر في المحيط أن في ذلك روايتين : في رواية لاقتدير فيه ، وإياسها على هذه أن تبلغ من السن مالا يبيض فيه مثلها ، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بإياسها ، فإن رأت بعد دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الأشهر ويظهر فساد النكاح . ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسن والهزال . وفي رواية : يقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن ، وعليه أكثر المشايخ ، وفي المناهج وعليه الفتوى . وعن محمد أنه قلده في الروميات بخمس وخمسين سنة ، وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين ، وبه قال الصغار . وقال أبو الليث : لوحضت ثم انقطع عنها الدم تصير ستين سنة وتعتد ، ولو كانت عادة أمها وأخواتها انقطاعه قبل الستين تأخذ بعادته وبعد الستين لاتأخذ بعادته . وقال الأقطع : فإذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا كالدمل الذي تراه الصغيرة التي لا يبيض مثلها . وهذه العبارة تفيد أنه لا يحتاج إلى حكم القاضي بالإياس ، وكذا العبارة القائلة إذا بلغت المقدر : يعنى وانقطع حيضا حكم بإياسها ، فإن رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا إنما يقتضى أن يكون عند بلوغ المقدر مع الانقطاع يحكم به شرعا . وقيل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح ، لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين إذا لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص ، فإذا رآته فقد وجد النص ، بخلاف الاجتهاد فيبطل ، كذا نقله بعضهم ، وهو يفيد كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير ، وأما على رواية عدمه فلا خلاف في الانتقاض . وفي الغاية معزيا إلى الإيسيجاجي على رواية عدم التقدير . قالوا : ولو اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم لا تبطل الأشهر ، وهو المختار عندنا ، فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين . وفي بعض عبارات ما يفيد أن عدم الانتقاض إذا حكم القاضي بالإياس ، ويقيد الانتقاض بعدم حكمه به . ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد في المعجز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض . ثم نقل قول ابن مقاتل إنها محمولة على ما إذا لم يحكم بإياسها . أما إذا انقطع وحكم بإياسها وهى ابنة سبعين سنة أو نحوه قرأت الدم لا يكون حيضا . وقال بعده بخطوط : وطريق القضاء أن يدعى أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضى القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالأشهر . قال : وكان الصلبر الشهيد يفتى بأنها لو رأت بعد ذلك دما يكون حيضا ، ويفى بطلان الاعتداد بالأشهر لأن كانت رأت الدم قبل تمام الأشهر ، وإن كانت رآته بعد تمام الاعتداد بالأشهر لا تبطل الأنكحة قضى القاضي بجواز النكاح أو لم يقض . ثم ذكر الخلاف صريحا مبنيا على ما نقلناه من مجموع النوازل أن الآيسة إذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم

هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم بإياسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها قرأت

في حق الشيخ الثاني (ولو حاضت حيضتين ثم آيست تمتد بالشهور) تحرزا عن الجمع بين البذل والمبذل

يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ رحمهم الله ، إلا إذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسدا . ثم قال : والأصح أن النكاح يكون جائزا ولا يشترط القضاء . وفي المستقبل : العدة بالحيض انتهى . فتحصل في المسئلة أقوال على التقدير وعلمه ، وهي تنتقض إذا رأت قبل انقضاء الأشهر وبمدها في الماضي والمستقبل قدر أقل مدة الإياس أولا حكم بالإياس أولا ، وهو يظهر مختار المصنف من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا ، تنتقض كذلك إذا رأت قبل تمام الأشهر ، وإن كان بعدها فلا يطل فلا تنتقض الأنكحة قضى بالإياس أولا ، وهو قول الشهيد تنتقض إذا لم يكن قضى بإياسها كما قلنا لا تنتقض إن كان حكم بإياسها ، وهو بأن يدعى فساد النكاح فيحكم بصحته وباقتضاء العدة ، وتنتقض إذا لم يكن حكم بالإياس . والقول الصحيح المصحح في النوازل انتقض في المستقبل فلا تمتد إلا بالحيض لا الماضي ، فلا تفسد الأنكحة المباشرة عن الاعتداد بالأشهر . وإذا عرفت هذا فقول المصنف هو الصحيح احتراز عن كل قول يخالف إطلاق الانتقاض مطلقا كان أو مفصلا ، ومبنى مختاره على اشتراط تحقق الإياس لحلفية الأشهر بالنص ، وإن تحقق اليأس لا يكون إلا باستدامة الانقطاع إلى الممات ، ولا شك في الأول ، لكن كونه محققا موقفا على استدامة الانقطاع لأعلم فيه دليلا سوى ما يترجم من لفظ اليأس أنه يقتضي ذلك ، ولا شك أن اليأس من مقولة الإحراك فإنه ليس إلا اعتقاد أن الشيء لا يقع أبدا ، أما إنه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلق فلا ولذا قد يتحقق اليأس من الشيء ثم يوجد ، وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت آيست من كذا ثم وجدته ، فإثما يستدعي سبيله ، وكونه بأن ينعدم الحيض ويمتد ويتغنى تخايل وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف فيه ، وعلى هذا إذا رأت بعد الإياس لا ينتقض ماضى ، ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالأشهر لوقوعه معتبرا لوجود شرطه ، ويبقى النظر بعد ذلك في أنه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تمتد إلا بالحيض فيكون هذا ماصحها في مجموع النوازل ، أو لا ينتقض فيما يستقبل أيضا كقول الصغار وغيره ، وهو ينبنى على النظر فيما يرجع في هذا المرقى بعد الإياس أهو حيض أم دم فاسد ، ولا تعلق له بالقضاء بالإياس وعلمه ، إذ القضاء لا يرجع وجود المحسوسات في المستقبل ، والوجه يقتضي الاختلاف في المستقبل فلا ينتقض ماضى لوجود الشرط وهو الإياس لوجود سببه وهو الانقطاع في سنة وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون وعدم تخايل كونه امتدادا للطهر ولا يجوز في المستقبل إلا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد ، وقد علمت أن الإياس لا ينافيه ، فإذا تحقق الإياس تحقق حكمه ، وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه ، والله سبحانه أعلم . وأما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الثاني فلا يستلزم مثله في الإياس إذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعا ، والمسئلة نصية لا قياسية ، نص تعالى على تعليق الاعتداد بالأشهر عند الإياس وقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الإياس فثبت الاعتداد بالأقراء بالنص (قوله ولو حاضت حيضتين ثم آيست) ، بأن بلغت سن الإياس عند الحيضتين وانقطع ، أو انقطع عندهما في سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكره الفقيه . وقوله (تحرزا عن الجمع بين البذل والمبذل) هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تمتد بالشهور أنها تستأنف العدة بالشهور . وأورد عليه أن المتروك إذا سبقه الحدث في الصلاة ولا ماء يقيم ويبنى ، وكذا لو صلى أول صلاته

الدم بعد ذلك لم يكن حيضا . وقوله (تحرزا عن الجمع بين البذل والمبذل) متقوض بمن صلى يومه ثم سبقه الحدث

(والمنكحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت) لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقصاء حق النكاح والحيض هو المعروف

بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالإيماء وهما بدلان . أوجب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلا عنها بالموطوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء . والجمع أن يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد ، وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الأول بالماء ورفع الثاني بالتراب ، ولا الإيماء خلف عن الأركان لأنه وجود فيها وزيادة ، ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للملح وبقي البعض على حاله ، وبعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستأزم كونه خلفا عن نفسه ، وإنما تكون الخلفية بشيء آخر (قوله والمنكحة نكاحا فاسدا) وهي المنكحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بأنها متزوجة ، فإن كان يعلم لا يجب العدة بالنكاح حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لأنه زنا ، وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها ، وبه يفتى ، كذا في النخبة . ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ، والموطوءة بشبهة كالتى زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه إذا ادعى الاشتباه (قوله عدتها الحيض في الفرقة) الكائنة بتفريق القاضى أو عزم الواطئ على ترك وطنها (والموت) أى موت الواطئ وذلك لقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا - ومطلق اسم الزوج إنما يقع على المتزوج بنكاح صحيح ، فالعدة في حقهما للتعريف لا لإظهار خطر النكاح بإظهار التأسف على زواله ، غير أن الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذى هو ثابت في الصحيح فلما وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء ، وإنما وجبت في الصحيح ثلاثا لأن المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط ، وحيض الحامل مما يجوز لأنه يجتهد فيه ، فلا بقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به ، أو استحاضة معه عندنا ، وغاية الأمر أنه مخالف للعادة ، بخلاف ما إذا تكرر في الأشهر فإنه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا

ولم يجد ماء فإنه يبنى بالتيمم ، وكذلك إذا عجز عن الركوع والسجود يومئ ، وفي ذلك جمع بين البذل والمبذل . وأوجب بأن البدلية إما أن تعتبر في الصلاة أو في الطهارة ، وكلاهما غير صحيح . أما الأول فلأن الصلاة بالتيمم ليست ببذل عن الصلاة بالموطوء ، وكذلك الصلاة بالإيماء ليست ببذل عن الصلاة بالركوع والسجود لأن بعض الشيء لا يكون بدلا عن كله . وأما الثاني فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لا يجمع بينهما لأن إحدى الطهارتين لا تكمل بالأخرى . وأما العدة بالشهور فبذل عن الحيض وإكمال البذل بالأصل يجمع بينهما . قال (والمنكحة نكاحا فاسدا) كالمنكحة بغير شهود باتفاق علمائنا ، والمحرم إذا نكحها المحرم علما بحرمها عند أبي حنيفة (والموطوءة بشبهة) وهي التى زفت إلى غير زوجها فوطئها (عدتها الحيض في الفرقة والموت جميعا لأنها) أى لأن عدتها (للتعرف عن براءة الرحم لا لقصاء حق النكاح إذ لا حق للنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة (والحيض هو المعروف)

(قوله إذا عجز عن الركوع والسجود يومئ الخ) أقول : يعنى بعد ما سئل أولا بركوع وسجود (قوله فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لا يجمع بينهما الخ) أقول : يعنى أن المراد بالجمع هو إكمال أحدهما بالأخر ، وليس ذلك بمجموع في الطهارتين فإنه لم يجمع بينهما في رفع حدث واحد بل رفع الحدث الأول بالماء والثاني بالتراب ، ثم أجمعا فصلاة واحدة (قوله وأما العدة بالشهور فبذل عن الحيض) أقول : قال الله تعالى - والأول يمس من الحيض - الآية (قوله علما بحرمها عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول : يعنى أنه فاسد عنه خلافا لهما فإنه باطل عندهما ، وسيجئ في الموطوء .

(وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعققتها فعندئذ ثلاث حيض . وقال الشافعي : حيضة واحدة)

بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة إلى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة ، بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لأجل هذا الوجه فإنه لم يتمحض له . ألا ترى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائكة التعبد (قوله وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعققتها فعندئذ ثلاث حيض) فإن لم تحض فثلاثة أشهر : يعنى إذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته ، فإن كانت كذلك فعندئذ بوضع الحمل في الأول . وفي الثاني والثالث لا يجب عليها عدمة المولى لعدم ظهور فراش المولى . ولومات زوجها ومولاها ولا يدري أيهما أول ، فلما أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كائنا ما كان ذلك من يوم إلى شهرين وأربعة أيام ، أو يعلم أنه شهران وخمسة أيام فصاعدا ، أو لا يعلم كم بينهما ، ففي الأول تعتد بأربعة أشهر وعشر لأنه إن كان موت المولى أولا فلا عدة منه لأنها ذات بعل ، ثم موت الزوج بعده وهى حرة . وجب لأربعة أشهر وعشر ، وإن كان موت الزوج أولا لزمتها شهران وخمسة أيام ، ثم موت المولى قبل تمام عدتها . وجب للعتق غير وجب للعدة لأنها معتدة ولا لتغيرها لأنها تختص بفرقة الرجعى فبقينا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشرا وشهرين وخمسة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر ؛ وفي الثاني يجب أن تعتد بأبعد الأجلين : يعنى تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض ، لأن السيد إن كان مات أولا ثم مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر لما قلنا ، وإن كان الزوج مات أولا فعندئذ شهران وخمسة أيام ، ثم موت السيد بعدها فوجب عليها ثلاث حيض لأنه بعد انقضاء عدة الزوج ، فعل تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض ، فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بأن تعتد بأكثر ما يلزمها ، وفي الثالث كذلك عندها لاحتمال كون الواقع على الوجه الذى ذكرناه . وعند أبي حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر فقط لاحتمال أن الزوج هو المتأخر ، ولا يعتبر فيها الحيض لأن سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد ، والاحتياط إنما يكون بعد ظهور السبب لأنه العمل بأقوى الدليلين ولا يفتى أنه مشترك الإلزام (قوله وقال الشافعي : حيضه واحدة) وهو قول مالك وأحمد ، وقولهم قول ابن عمر وعائشة . وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والأوزاعي وإسحاق أنها تعتد بأربعة أشهر ، وقولنا قول عمرو بن دينار ومحمد بن النخعي والثوري . وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتزوج إن شاءت إذا لم تكن حاملا ، وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجلى وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة ، وهذه المسئلة قياسية ، ولا شك أنه يتحقق بموت المولى وعصه كل من أمرين : زوال ملك البين ، وزوال الفراش . ففاسا على الأول هكذا ترصن

ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت . فإن قيل : فعلى هذا وجب أن يكتفى بحيضة واحدة أو شهر كما في الاستبراء وليس كذلك ؟ أجيب بأنها إنما كانت ثلاث حيض لإلحاقا للشبهة بالحقيقة ، فإن أحكام البعد الفاسد أبدا يؤمنط من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة فلنهما يفيدان إفادة الصحيح ، غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاه فيه ولذلك يثبت أجر المثل دون المسمى كذلك ، وهما أيضا لم تثبت عدة الوفاة لوهاه فيه ، فإن عدة الوفاة لزيادة إظهار التأسف لقوات نعمة النكاح ، والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ، ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا . (وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعققتها فعندئذ ثلاث حيض . وقال الشافعي : حيضة واحدة) وهو مروى عن ابن عمر قال

لأنها تجب بزوال ملك العين فشابت الاستبراء . ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فأشبهه عدة النكاح ثم إمامنا فيه عمر فإنه قال : عدة أم الولد ثلاث حيض

يجب بزوال ملك العين فيقدر بحضة كالاستبراء . وقلنا : تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص في الطلاق ، وهذا أرجح لأن العدة بما يحتاج إلى إثباتها : فالقياس الموجب للأكثر واجب الاعتبار على أن التحقيق أنه لامعارض بينهما في إيجاب الزائد على الحيضة ، وذلك لأن نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس إلا تعدية حكم الأصل وهو وجوب التربص بحضة فقط ، وعدم وجوب الزائد بالدم الأصلي لأنه مقتضاه ، فإن أثر العلة فيه وفي كل قياس إنما هو في تعدية حكم الأصل لافي غيره بنى ولا إثبات ، ثم لا يجب ذلك لغير لعدم الدليل المقتضى لوجوبه . فإذا علمت هذا فإيجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذي عيناه ، ولا يقتضى نفيه ما عينوه فيسلم لإيجابه عن المعارض . وعلى هذا التحقيق فالمعارضه إنما تثبت بين كل قياسين إذا لم يكن مرجح أحدهما بعض موجب الآخر ، ويحتل بثبت بطريق الزوم لما قلنا من أنه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الأصل بنى ولا إثبات ، فإذا كان في الفرع جامعان بلا مانع أحدهما يقتضى فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فإنه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر ، اللهم إلا أن يقال يجوز القياس والتعليل لنفي حكم ، فإن النفي حينئذ مقتضاه ، وفيه كلام في الأصول ومن اختاره شرط كون العلة أمرا علميا . والمحققون على نفيه لأن العدم لا يؤثر شيئا ، وما وقع في الفقه بما ظاهره التعليل به فتقول محمد في عدم الخمس في موضع لأنه لم يوجب عليه المسلمون ونحوه فلما حقيقته بناء الحكم على العدم الأصل بناء على أنه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس إلا ذلك ، وهو متف في تلك الصورة فينتفي الخمس : أي يبقى على علمه الأصلي لا أنه إلحاق بجامع موثر ، بخلاف ما إذا كان موجب أحدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه ، فإن الجامعين متطافران على إثبات ذلك البعض ، وينفرد أحدهما بإثبات أمر آخر ليس فيه مقتضى الآخر (قوله وإمامنا فيه عمر رضي الله عنه) روى ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير أن عمرو بن العاص : أمر أم الولد إذا عتقت أن تعتد ثلاث حيض ، وكتب إلى عمر فكتب بحسن رأيه ، فأما أنه قال في الوفاة كذلك فانه أعلم . وليس يلزم من القول بثلاث حيض في العتق من شخص قوله به في الوفاة ، ألا يرى إلى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص أنه قال بها في العتق . وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا أهلنا سنة نينا ، عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر . لكن قال الدارقطني : وقبيصة لم يسع من عمرو فهو متقطع ، وهو عندنا غير ضائر إذا كان قبيصة ثقة . وقد أخرج ابن أبي شيبة عن الحرث عن علي وعبد الله قالا : ثلاث حيض إذا مات عنها : يعني أم الولد . وأخرج عن إبراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء ، فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف ، إلا أن غالب نقل المذاهب قلما يحلو عن مثله ، والمتحقق أنها مختلفة بين السلف

عندنا أثر ملك العين (لأنها تجب بزواله وكان كالاستبراء) ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة (ولنا أنها أثر زوال الفراش) لأنها تجب به فكانت كمدة النكاح وفيها لا يكتفى بحضة واحدة . والقياس على الاستبراء ضعيف لأن سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما ، وإمامنا فيه عمر رضي الله عنه فإنه قال : عدة أم الولد

(ولو كانت ممن لاحتض فعدتها ثلاثة أشهر) كما في النكاح (وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حمل فبأنها أن تضع حملها) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : عدتها أربعة أشهر وعشر . وهو قول الشافعي لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت . ولهما إطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - ولأنها

وهو راجع إلى اختلاف الرأي ، وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا (قوله وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حمل) احتراز عما إذا مات وظهر بها حمل بعد موته فلأنها تعتد بالشهور اتفاقاً ثم معرف ذلك أن تضع لأقل من ستة أشهر من موته في الأصح ، فإذا وضعت كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد ، وإن وضعت لستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوماً بقيامه عند موته بل بحلوته بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندها بل بأربعة أشهر وعشر اتفاقاً . وقيل المحكوم بحلوته أن تلده لأكثر من سنتين من موته وفيها دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لأن التقدير للحدوث بأكثر من سنتين أو بستين كوامل ليس إلا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة إلى تأخير الحكم بالحدوث إلى السنتين (قوله وقال أبو يوسف : عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبي يوسف إذ لم يملك في الظاهر خلاف . ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم . وقول فخر الإسلام وهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحساناً من علمائنا يدل عليه فإنما هي رواية عنه . وكذا قال شمس الأئمة . وعن أبي يوسف أن عدتها بالشهور وهو القياس ، وهو قول زفر انتهى . وإذا قال أبو يوسف في المطلقة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تعتد بوضعه مع أنه منى النسب ومحكوم بحلوته فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فإنما هي رواية شاذة ، وهو قول مالك وأحمد وهي رواية عن أبي حنيفة ، ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق . أما المراهق فيجب أن يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من العقد . وعلى هذا الخلاف إذا طلق الكبير امرأته فأنت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملاً من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندها وعندهم لا اعتبار به ، وإنما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لأنه لو علم لم يصح العقد عند أبي يوسف لأنه يمنع العقد على الحامل من الزنا ، بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه وإن لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لأنه شبهة فيقع الخلاف في أنها بالوضع أو بالأشهر . وحاصل متمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير ، هكذا حل منى النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير (ولهما إطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -) من غير فصل بين كونه منه أو من غيره (ولأنها) أي عدة الوفاة في حق الحامل وقت

ثلاث حيض ، وهو المروي عن عليّ وابن مسعود (وإن كانت ممن لاحتض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح) وقوله (وإذا مات الصغير عن امرأته) ظاهر . وقوله (كالحادث بعد الموت) يعني بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ . وقال بعضهم : بأن يأتي لأكثر من سنتين . قال في النهاية : والأول أصح ، وتفسير قيام الحبل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا في القوائد الظهيرية . (ولهما قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -) من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج أو من غيره في عدة الطلاق أو الوفاة . وقوله (ولأنها مقطرة) دليل معقول لهما . وتقريره : عدة الوفاة مقطرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالقت لبقاء حق النكاح لا لتعبر عن فراغ الرحم وهذه مقدمة ،

مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء، لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه، بخلاف الحمل الحادث

الموت (مقدرة بوضع الحمل في أولات الأحمال لا للتعرف فراغ الرحم لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة (بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى) وهو قضاء حق النكاح (يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه) كما يتحقق في الكبير والنسب منه. وتلخيص هذا الوجه أنه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجماع أنه لقضاء حق النكاح إظهارا لخطره متعرضا فيه لإلغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعلمه، ودليل الإلغاء شرع الأشهر مع تحقق الأقراء: وبه يظهر فساد ما ذكره من صورة القياس، فإن حقيقةه ليس إلا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهى ثبوت نسب الحمل فإنه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو متصف في الخلافة فينتي الاعتداد بوضع الحمل كما انتهى في الحامل بمحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليه فضلا عن مساواته، لكن لا يخفى أن كون الاعتداد بالوضع ليس إلا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح، وقدمنا أن شرعيته لكل من الأهرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان، فالأولى عدم التعرض للنفي ويكفى كون العدة مطلقا للقضاء، فإنه إذا ثبت أمر للأعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للنفي أيضا. واعلم أن قول أبي حنيفة ومحمد في المسئلة التى استبعدنا بها قول أبي يوسف: أعنى المطابقة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين أن عدتها تنقضى من ستة أشهر تلى الوضع فيرجع بنفقتها إن كانت تعجها إضافة للحادث وهو الحمل الحادث إلى أقرب زمانه (قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف،

وهذا المعنى يعنى قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهى واضحة، وبين الأولى بقوله (لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة بالأشهر مع وجود الأقراء: يعنى لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالأشهر لأن الحيض هو المعروف على مامر، وفيه بحث لأن الضمير في قوله لشرعها إما أن يعود إلى عدة الوفاة في أولات الأحمال أو إليها مطلقا، ولا سبيل إلى الأول لأن الحامل لا تحصى عدتها ولا إلى الثانى لأن المدعى عدة الوفاة في الحامل، ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل أن لا يكون له فيها لأن نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم. والجواب أن الضمير يعود إلى عدة الوفاة مطلقا: يعنى أن عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في أولات الأحمال ولا في غيرها لأنها شرعت بالأشهر مع وجود الأقراء المعرفة، والدليل إذا كان أم من المدلول كان أم فائدة، وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العلم كما عرف. وقوله (بخلاف الحمل) جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت: يعنى إنما كانت عدتها بالشهور لأنها حكمتا بفراغ رحمها عند الموت والتزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح

(قال المصنف: لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر) أقول: والظاهر أنها لو كانت لتعريف يثبت المطلوب أيضا إلا أنه بقى الكلام على الواقع إن قيل المراد عن ماء المطلق قلنا لأمه في هنا (قال المصنف: لكن لقضاء حق النكاح) أقول: يعنى الغلب ذلك (قوله لأن الحمل لا تحصى عدتها) أقول: ولأن عدتها ليست بالأشهر (قوله ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل (الغ) أقول: ذلك أن تقول هذا منع لا يفسر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضا.

لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ، ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحمل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان كالقائم عندالموت حكما (ولا يثبت نسب الولد في الوجوهين) لأن الصبي لأماء له فلا يتصور منه العلوق، والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور (وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعد بالحیضة التي وقع فيها الطلاق) لأن العدة مقدرة ، بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها (وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليا بعدة أخرى وتداخلت العدتان، ويكون مآثره المرأة من الحيض

والحاصل أنه تعالى إنما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ثابتا حال الموت وإن كان لفظ الآية مطلقا ينحصر بالعقل للعلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة إذ ذلك . والقرص أن لاجل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالأشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند علمه والقرص أن العدة تثبت لا يتوقف فلما ثبتت بالأشهر ، وبهذا لزم أن مراد الآية بأولات الأحمال حالة القرقة (قوله ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حمل بعد موته) بأن جاءت بولد لأقل من سنتين مع حدوثه في نفس الأمر حيث تعتد بالوضع لا بالأشهر مع فرض حدوثه في نفس الأمر . وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فإنه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت ، والأصل التوافق بين الحكمي والواقع إلا أن يتحقق خلافه ، فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يثبت بحدوثه كان الحكم أن تعتد بالأشهر ، وعند التأمل لا معنى للإيراد المجاب عنه بما ذكر أصلا . قوله ولا يثبت نسب الولد في الوجوهين) أي في الحادث بعد الموت وغيره لأن الصبي لا ماله فلا يتصور منه العلوق . وقوله والنكاح يقوم مقامه : أي مقام العلوق في موضع التصور لأن الشيء إنما يقدر تقديرا إذا أمكن تصوره تحقيقا (قوله وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يحتسب بالحیضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة ثلاث حيض كوامل) لأنه مسمى الاسم في ثلاثة قروء ، وقوله عليه الصلاة والسلام «وعندنا حيضتان» (قوله وإذا وطئت المعتدة بشبهة) من أجني أو من الزوج ، ووافق الشافعي في أحد قوله فيها إذا كان الواطئ المطلق

بآية التبرص (فلا تتغير بحدوث الحمل ، وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل) لأنها عدة أولات الأحمال بالنص (فافترقا) أي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده . فإن قيل : إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد أئتمناها العدة بالشهور ، ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله (ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها الحمل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان) أي الحمل (كالقائم عند الموت حكما) تبعا لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لأن النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما ، وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يمتنع إلى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا إلى أقرب الأوقات وكان ابتداء عدتها بالأشهر لاحتالة (ولا يثبت النسب في الوجوهين) يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ، ووجه الحادث بعده (لأن الصبي لا ماله فلا يتصور منه العلوق) فإن قيل : النكاح موجود في مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفرش» أجاب بقوله (والنكاح يقام مقامه) أي مقام الماء (في موضع التصور) وقوله (وإذا طلق الرجل امرأته) ظاهر . قال (وإذا وطئت المعتدة بشبهة) إذا وجبت على المرأة عدتان : فلما أن تكونا من رجلين ، أو من رجل واحد ، فإن كان الثاني كما إذا طلقها ثلاثا فتزوجها في البعدة ووطئها أو وطئ المطلق ثلاثا وقال ظنبت أنها تحل لي أو طلقها بألفاظ

عنسبها منهما جميعا ، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليا تمام العدة الثانية) وهذا عندنا . وقال الشافعي : لا يتداخلان لأن المقصود هو العبادة فلئلا عبادة كف عن الزوج والخروج فلا يتداخلان كالصومين في يوم واحد

والوطء بشبهة يتحقق بصور . منها التي زفت إلى غير زوجها ، والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أو في العدة إذا قال ظننت أنها تحل لي ، والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة ، أو كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة ، أو في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ، ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك ، وعنده قول الشافعي وأحمد رحمهم الله . وما في الغاية من أن الشبهة في المطلقة الطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب بالوطء ، وإن قال ظننت أنها تحل لي ، وإذا لم يثبت النسب لا تجب به العدة سيأتي دفعه في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى ، ثم معنى التداخل جعل المرتب بينهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الأولى فعليا حيضتان تمامها وتحسب بهما من عدة الله في ، وللآخر أن يخطبها إذا انقضت عدتها من الأول لأنها في عدته ولا يخطبها غيره ، فإن كان الأول طلقها رجعا فله أن يرجعها إذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر ، وإن طلقها بائنا فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه ، وكذا إن كانت العدتان بالشهور ، قالوا : والخلاف مبنى على أن ركن العدة ماذا ؟ فقد الشافعي كف النفس عن الحرامات في مدة معينة ، فإذا وجب كف عنها في مدة يسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان ، لأن هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل ، إنما التداخل لائق بالعقوبات ، ألا ترى أن من وجب عليه الكف عن الشهرين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد . وعندنا أن الركن نفس تلك الحرامات الكائنة في تلك المدة . ويمكن اجتماع حرامات في الشيء الواحد كالخروج والزوج فما نحن فيه في زمان واحد بأسباب مختلفة كحرمة الخمر المحاف على عدم شربها نهارا للصائم ونحو ذلك ، ومعنى العبادة تابع بدليل أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ، ونحن نستأنف الكلام ونقول : لاشك أنه يثبت عند تمام سبب العدة أمور : هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة الزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرامات بانتهاءها ، ووجوب التبرص في تلك المدة أيضا الثابت بقوله تعالى - والمطلقات يتربصن - مع أن هذا الوجوب لا بد أن يثبت لازما للحرمة بأدنى تأمل ومتعلق الوجوب ليس إلا فعل المكاف ، والتبرص وإن كان الانتظار فهو

الكناية فوطئها في العدة فلا شك أن العديتين يتداخلان ، وإن كان الأول وكانا من جنسين كالتوفي عنها زوجها إذا وطئت بشبهة كما سيجيء . أو من جنس واحد كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما بتداخلان عندنا ويكون مآثره المرأة من الحيض عتسبها منهما جميعا ، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليا إتمام العدة الثانية . وصورة ذلك أن الوطء الثاني إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض أيضا ، والحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان للأولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثاني خاصة ، وإن لم تكن رأت شيئا فليس عليها إلا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض (وقال الشافعي : لا يتداخلان لأن المقصود من العدة العبادة : أي عبادة الكف عن الزوج والخروج ولا تتداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد) فإن العدة كف عن الزوج والخروج كما أن الصوم كف عن اقتضاء الشهرين ،

(قوله وإن كان الأول وكانا من جنسين كالتوفي زوجها) أقول : يعني كالتوفي عنها زوجها .

ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتدخالان ، ومعنى العبادة تابع ، ألا ترى أنها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف

من أفعال النفس ، فإن أردنا تعيينه لم نر أنسب به من كونه ترك تلك الحرمان إلى انقضاء المدة وترك الشيء لا يخرج عن كون كف النفس عنه أوجبها ، فن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق ، وحينئذ يكون حاصل - يترصد - نهي عن تلك الأمور لأنه يطلب الكف عنها كما جعلوا قوله تعالى - وذروا البيع - نهيا عنه فالثابت بتحريم هذه الأمور ، ومن المعلوم أن لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة إلا عند علمها بالسبب ، إذ التكليف بالمقصور ولا قدرة بدون العلم فيحكم بهذه المقدمة وهي أن الحكم إنما يثبت في حق المكاف باعتبار علمه بالسبب ، والمقدمة القائلة إن الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم أنها إذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لأن الثابت في حقها لم يكن حكما الخطأ ، بل غايته أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في أصل الوجوب على ما عرف ، أو علمت ثم لم تكف : أي لم تترصد عن الخروج والنكاح حتى انتهت إلى حد الزنا إلى أن تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضائها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف ، بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لاتصح العبادة منه ولا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة ، فلم أن تحقق العدة في الشرع بالأصالة إنما هو لتعرف فراغ الرحم ولإظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذات الأقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ، ومعنى العبادة تابع وهو كف القدرة المختارة نفسها من متعلقات تلك الحرمان ، ولا شك أن العدة تطلق على كل من تلك الأمور ، أما على التربص في قولنا وجبت العدة ونحوه ،

فكما لاتدخل في الصوم فكذا في العدة (ولنا أن المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فتدخالان) وقوله (ومعنى العبادة تابع) جواب عن قوله لأن المقصود هو العبادة ، والدليل على أن معنى العبادة في العدة تابع أن ركنها حرمة الأزواج والخروج ، قال الله تعالى - ولا تزرعوا عقدة النكاح - الآية وقال - ولا يخرجن - الآية ، وموجب النهي التحريم . وإذا كان ركنها الحرمة فالحرمان يجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للإحرام والحرم ، وكانحرم فيمن حلف لا يشربها وهو صائم فلأنها حرام له لصومه ولكونه مخرأ وتيمنه ، بخلاف الصوم فإن ركنه الكف لقوله تعالى - ثم آمنوا الصيام إلى الليل - ولن يجتمع الإمكانان في يوم واحد ، واستوضح المصنف بتبعية العبادة بقوله (ألا ترى أنها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف) يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق أدائها بدون ركنها . واعترض بأنها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لأن زوجها لا يحتاج إلى ذلك والوازم باطلة فكل ذلك الملزومات سلمنا أن المقصود ذلك ، لكن لا نسلم جواز التدخل والالجاز للتدخل في أقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها . وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتل الوطء والآيسة تحتملان العلوق ،

(قوله والدليل على أن معنى لعبادة ، إلى قوله : وموجب النهي التحريم) أقول : ما عوذ من شرح تلج الشريعة لكنه مواخذ . ثم أقول : بل موجب كف النفس عن المنهى عنه على ما سبق في الأصول إلا أن يكون مراده موجهة في تينك الآيتين لدليل يذك عليه وهو ما ذكره المصنف فليتل (قوله فإن ركنه الكف لقوله تعالى الخ) أقول : يعني أنه ما عوذ به وكل ما عوذ به فكيف هو عبادة فيكون كما (قوله لكن لا نسلم جواز التدخل الخ) أقول : لارجه لهذا المنع ما بين المقدمة المستوية بالدليل . ولك أن تقول في العبادة والمراد هو التفتش الإجماع (قوله وأجيبها عن الأول بأن الصبية التي تحتل الوطء الخ) أقول : ما تقول في الصغيرة التي لا تحمض فإنه يجب البعد إذا خلا بها زوجها عند أكثر المطابع

(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعدد بالشهور وتحسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقاً للتداخل بقدر الإمكان

وأما على نفس المدة في نحو قولنا انقضت العدة وما سندر أيضاً ، وأما على نفس الحرمات بفرض دعوانا أنها الركن ، لكن الشأن في بيان أن مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا ؟ فالذي يفيد حقيقة نظم كتاب الله تعالى ، وهو قوله عز وجل - فعدن ثلاثة أشهر - أنه نفس المدة الخاصة التي تعلقت بالحرمات فيها وتقيدت بها بالحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التبرص ، وقوله تعالى يتر بصن إنما يفيد لزوم التبرص لأنه مسمى لفظ العدة ، وقد قلنا : إن كلامنا من الأمور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه ، وأما قوله تعالى - أجلهن أن يضعن حملهن - حتى يبلغ الكتاب أجله - فإذا بلغن أجلهن - فالأجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ، ثم الثابت بمضى هذا أجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتهما ، ولا دليل فيه أيضاً إلا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التبرص ، وأما نصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فإنما يقتضي أن المراد بها فعل كالتبرص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم الحقيقي إلا ظاهراً ، وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني . فتلخص أنه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل . وحينئذ نقول : لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العديتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات ، بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة ، وذلك لأن العدة حينئذ تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها ، فتداخل العديتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لا أن تداخلها تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاء لازماً لتداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقصر المصنف عن كون المبني ماهو . والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحقيقه على وجه العبادة بل مطلقاً ، إذ لا دليل يوجب كونه وجب لإيماده على ذلك الوجه بل الدليل قام على علمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لواقع الكف منها بغير نية بل اتفاقاً أو لفرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع أنه لم تتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فلم أنه لم يجب على أنه عبادة . نعم هو له عرضية أن يصير عبادة ، فإن البالغة العاقلة إذا كتف نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتساباً لله وقصداً لطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى لا أنه يجب إيقاعه كذلك لما ذكرنا (قوله والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعدد بالشهور وتحسب بما تراه من الحيض فيها)

فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء ، لأن العدة يكتفى في إيجابها بتوهم الشغل وإن كان على خلاف العادة ، والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة بصيانة لمساء الزوجين عن الاختلاط لأن ماء الأول محترم في نفسه كما الثاني . وعن الثاني بأننا لا نسلم الملازمة لأن التعرف بمحضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود ، لأن المقصود من الأولى تعرف الفراغ ، ومن الثانية إظهار خطر النكاح فراق بينه وبين الاستبراء ، ومن الثالثة إظهار شرف الحرية ، وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة ، وفيه نظر لأن المصنف لم يعلل إلا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال وارداً عليه . وقوله (والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعدد بالشهور) ظاهر .

(قوله ومن الثاني بأننا لا نسلم الملازمة) أقول مقابلة المنع بالمتن إذا حل من ظاهره (قوله وفيه نظر لأن المصنف الخ) أقول : والصحيح في الجواب أن يقال : المقصود من العدة هو التعرف على وجه الاحتياط وحيف الحامل ما يجوز لأنه مجتهد فيه فلا يقوى غن الفراغ مرة بلوازكليه حيفاً مع الحمل منه من يقول به واستعاضة منه حنناً بخلاف ما إذا تكرر فإنه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فإن التصرف مقصود فيه لاحتل جداً الوجه فإنه لم يتمحض له ، ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فترضا بذلك أن فيه شائبة التبعيد فليأتل .

(وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة ، فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداءها من وقت وجود السبب ، ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيًا لثمة المواضعة

فلو لم ترفيها دما يجب أن تمتد بعد الأشهر بثلاث حيض (قوله وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق) لأن سبب وجوب العدة الطلاق تساهل ، فقد قدموا أن سببها النكاح والطلاق شرط وأن الإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ، فالأولى أن يقال لأن عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة (قوله ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيًا لثمة المواضعة) بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوج أختها أو أربعًا سواها . وإذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الأئمة الأربعة وجهوا الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي أن يتحرى به محل التهمة والناس الذين هم مظانها ، ولذا فصل السغدي حيث قال : ما ذكر محمد : يعني من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه : أما إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الإسناد . قال محمد : وعلى هذا إذا فارقها زمانًا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ، ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط ، وعلى قول هؤلاء ينبغي أن لا يحل له الزواج بأختها وأربع سواها ، وعرف أن تنقيده بالإقرار فيعد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لأن ثبوتها بالبينة لا بالإقرار ، وأن سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء إنما هو إذا صدقته ، أما إذا كذبت في الإسناد فلا ، وكذا إذا قالت لا أدري ، فالحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ أن العدة من وقت الإقرار ولا يصدق في الإسناد ، ثم المراد من قوله ومشايخنا مشايخ بخاري وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلغ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب ، فإن كان غالبًا فأناتها موته أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة وإذا شك في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته . ولو جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرة فالعدة من وقت انقضاء أومن وقت الضرب ينبغي أن تكون من وقت الضرب . ولو طلقها

قال في الميسوط : لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الأول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للأخبر ويحسب بما حاضت بعد التصريق من عدة الوفاة أيضًا . قال (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق) ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق (وفي الوفاة عقيب الوفاة) لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة (فيعتبر ابتداءها من وقت وجود السبب) فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها . قال محمد : إذا فارق الرجل امرأته زمانًا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها أن تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت (ومشايخنا) يريد علماء بخاري وسمرقند (يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيًا لثمة المواضعة) يجوز أن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء ، أو يتواضعا على انقضاء العدة لأن يتزوج أختها أو أربعًا سواها . وقابل في الأخيرة : اختيار مشايخ بلغ أنه يجب العدة من وقت الإقرار بقوة عليه جزء على كيان الطلاق : يعني حتى لا يتزوج بأختها وأربع سواها زجرًا له على الكيان ، لكن لا يجب لها نفقة العدة والسكنى لأن ذلك حقها وقد أقرت

(والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر : من آخر الوطأت لأن الوطء هو السبب الموجب . ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ، ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد ، فقبل الماتركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولأن الممكن على وجه الشبهة

وأنكر فأقيمت البيئة ففصى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء (قوله أو عزم الواطئ) بأن أخبرها أنه ترك الوطء فإن الإخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه ، أما آخر الوطأت لا يعلم لاحتمال وجود آخر بعده . وفي الخلاصة : والنصاب الماتركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون إلا بالقول كقوله تركتك وما يقوم مقامه كتركها وخلفت سبيلها إما عدم الهجاء فلا إذ الفقية لا تكون ماتركة لأنه لو عاد يعود ولو أنكرك نكاحها لا يكون ماتركة (قوله ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة) لاستناد الكل أي كل الوطأت (إلى حكم عقد واحد) وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أي لاعتياز الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلم يتم ذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل الماتركة أو العزم لا تثبت كل الوطأت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر أنها إذا حاضت بعد الوطء أي وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عندها . وحلت للأزواج فإذا تزوجت ظهر أن ذلك كان آخر الوطأت وإن كان وطئها بعد ذلك . عاد هذا التقدير فتقول : إن تركها حتى حاضت ثلاث الفج ولو حاضت حيضة بعد وطئها ثم قال عزمتم على تركه احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لا احتسب بها (ولأن الممكن) من الوطء (على وجه الشبهة) بسبب ذلك

بسقوطه (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق) بأن يحكم الحاكم بالتفريق بينهما (أو عزم الواطئ على ترك وطئها) والعزم أمر باطن لا يطاع عليه وله دليل ظاهر وهو الإخبار بذلك بأن يقول تركت وطأها أو ما يفيد معناه في مقام مقامه ويدار الحكم عليه (وقال زفر : من آخر الوطأت لأن الوطء هو السبب الموجب) للعدة إذ لو لم يعا لم تجب عليها العدة (ولنا أن كل وطء وجد في العقد) وتقريره القول بالموجب ، وهو أن يقال : سلمنا أن الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطأت التي توجد بالعقد الفاسد (بمنزلة وطأة واحدة لاستناد الكل إلى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد) وإذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة ترتب عليها العدة إلا بالتفريق أو العزم ، لأنه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون عاقبته آخر الوطأت آخرها . ونجريد هذه النكته : العدة لا تثبت إلا بآخر وطأة وآخر وطأة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم ، فالعدة لا تثبت إلا بالتفريق أو العزم ، أما أنها لا تثبت إلا بآخر وطأة فبالإتفاق بيننا وبين الخصم ، وأما أن آخر وطأة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره . وقوله (ولأن الممكن على وجه الشبهة) دليل آخر . وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفي له سبب ظاهر وهو الممكن من الوطء على وجه الشبهة ، وكل أمر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم ، فالممكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء ، وإذا قام مقامها فهما كان الممكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطأت إذ الممكن باق بعد كل وطأة فرضت فلا بد من الماتركة أو العزم ليرتفع الممكن فيتبين

(قوله أما إنها لا تثبت إلا بآخر وطأة أو قوله : فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول : فيه بحث (قال المصنف : مع جواز وجود غيره) أقول : بالنسبة إلى الموطوءة فإنها لاتعلم الآخر حتى تبرز هكذا قيل ، وفيه بحث إذ مرأفنا أن معنى العدة تابع فالعدة ، فإذا حاضت ثلاث حيض بعد الوطء يلهي أن يخرج تزوجها بزواج آخر فتبين آخر الوطء ففصل .

أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره (وإذا قالت المعتدة انقضت عنتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليقين) لأنها أمانة في ذلك وقد أهملت بالكذب فتحلف كالمودع (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلية . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : عليه نصف المهر وعليه إتمام العدة الأولى) لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة ، وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر حال

المعد (أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومسيس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره) أي في غير الواطئ وهو حلها للأزواج والخفي لا يعرف الحكم وإذا أقيم مقام حقيقة الوطء لانتبت العدة مادام التمكن على وجه الشبهة فأثماً ولا ينقطع التمكن كذلك إلا بالتزويج أو الماتركة صريحاً فلا تنبت العدة إلا عندهما واختار أبو القاسم الصغار قول زفر . ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو الوجه أنها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئها كان صحيحاً فيما بينه وبين الله تعالى إنما اشترط كونها بعد الترك في القضاء (قوله فالقول قولها مع اليقين) لا بد أن يكون محل هذا ما إذا كذبها مع كون المدة محتملة انقضائها على الخلاف الذي قدمناه وهر شهران عنده وتسع وثلاثون يوماً عندهما لأنه إذا لم تحتمل المدة لا يقبل قولها أصلاً (قوله كالمودع) إذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعي الرد مع أن عليه اليقين إذا كذب . وعكس هذه المسئلة إذا قال الزوج أعبرتني بأن عدتها قد انقضت فإن كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله وقلها إلا أن يبين ماهو محتمل من إسقاط سقط مستين الخلق فيحتمل يقبل قولها . ولو كان في مدة تحتمل فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يزوجه بأختها لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه (قوله وإذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها (طلاقاً بائناً دون الثلاث) ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلية عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وقال زفر نصف المهر أو المنة إن لم يكن مسمى فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلية ولا تكمل العدة الأولى وقال محمد لها نصفه أو المنة وعليها إتمام العدة الأولى . لزفر أن العدة الأولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بالطلاق الثاني ولا كمال المهر لأنه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير أن إكمال العدة الأولى ونجب بالطلاق الأول لكنه لم يظهر حكمه حال

آخر الوطأت . فإن قلت : لانسلم أن حقيقة الوطء أمر خفي لأن الحاجة إلى معرفة العدة إنما هي للزوجين وحقيقة الوطء ليست بخفية بالنسب إليهما . قلت : قد أشار إلى الجواب بقوله (ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره) أي غير الواطئ وهو الذي يريد أن يزوجه ، وقيل وكذا أخت الموطوعة وأربع سواها ، ولا خفاء في مفهوم كلام المصنف في التكتين ، ولم أجد في الشروح ما يوافق مقصوده فذكرت ما خاطرى أبو علره وجهه المقل دموحه . وقوله (وإذا قالت المعتدة انقضت عنتي) ظاهر . وقوله (فتخلف كالمودع) يعني إذا قال هلكت الوديعة أو قال ردتها وأنكر المودع ذلك فإن القول قوله مع يمينه لأنه أمين ، وما على الأمين إلا اليقين . قال (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً) قال في النهاية : هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التهمة والخيرة وغيرها وهي كلها مثبتة على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولاً في النكاح الثاني أو لا ؟ فعند محمد لا يكون ، وعندهما يكون . وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة . ووجه قول محمد إن هذا طلاق قبل المسيس وانخاوة الصحيحة ، وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة . فإن قيل : . فعلازم يجب عليها إكمال العدة الأولى ؟ أجاب بقوله : وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول ولا

الزَّوْجِ الثَّانِي ، فإذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه ، كما لو اشترى أم ولده ثم أعنتها . ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالعاصب يشترى المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد ،

الزَّوْجِ الثَّانِي فإذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه (قوله كما لو اشترى أم ولده) أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه يفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك الميّن ثم بالعتق تظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الإحداذ إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقي من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم ولد أعتقت ، وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشترى أم ولد أعتقتها ولها ولد منه أو أولاد لها منه فإنه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فإذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها تمام العدة الأولى لأنه كان واجبا بالطلاق السابق ، وما قاله زفر فاسد لأنه يستلزم إبطال المقصود من شرعهما وهو عدم اشتباه الأنساب ، فإنه لو كان تزويجا قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للأزواج من غير عدة من الطلاق ، وفي ذلك اشتباه النسب وفساد كبير . ولهما أن الوطء قبض وهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى ، وبقي أثر هذا القبض بقيام العدة إذ هي أثره ، فإذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضا كالعاصب إذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال وجب على هذا أن يملك الرجعة لأن الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو متنفذ . لأننا نقول : نحن مাজعنا النكاح الثاني قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه ، بل في حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط ، فلا يلزم منه إقامته مقامه في حق جميع الأحكام ولا كان إقامة في حق ترك الاحتياط لأن الاحتياط في انقطاع الرجعة ، ألا يرى أن صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع أن الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة ، فعلم بهذا أنه لم يلزم من إقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين إقامته مقامه وثبوت الرجعة

أنه لم يظهر حالة الزَّوْجِ الثاني لعدم اختلاط المياه ، فإذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعلوم فيجب عليها إكمال العدة الأولى (كما لو اشترى أم ولده) أي منكوحته التي ولدت منه (ثم أعتقتها) فإنه يجب عليها ثلاث حيض : حيضتان من النكاح تجنب فيهما ما تجنب من الخروج والزين ، وحيضة من العتق لا تجنب فيها لأنه لما اشترى فسد النكاح ووجب العدة ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يتزوجها وإنما لم يظهر حكم العدة في حقه لمسانع وهو ملك الميّن ، فإذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضا فوجب حقا للفساد ، وهما يعتبران من الاعتناق أيضا ويلزمها الإحداذ ، وأما الثالثة فإنها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الإحداذ (ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره) أي والحال أنه بقي أثره : أي أثر الوطء الأول (وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة) بالدخول في النكاح الأول (ناب ذلك القبض) الذي كان بالدخول (مناب القبض) أي الدخول (المستحق في هذا النكاح) فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها

(قال المصنف : كما لو اشترى أم ولده) أقول : أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه يفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها بملك الميّن ، ثم بالعتق تظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليه الإحداذ إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح .

فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول . وقال زفر : لأعدة عليها أصلا لأن الأولى قد سقطت بالزوج فلا تعود ، والثانية لم تجب وجوابه ماقلنا . قال (وإذا طلق الذي النية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت الحرة إلينا مسلمة ،

بصريح الطلاق ، وهذه إحدى المسائل المبينة على هذا الأصل : وهو أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني أولا . وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلية عندها ، ولو كان على القلب بأن تزوجها صحيحا أولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الأولى بالاتفاق . والفرق هنا أنه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يحبل واطنا حكما لعدم الإمكان حقيقة ولهذا لا يحبل واطنا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة بها ولا عليه المهر . وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول هل يكون فارا أم لا . ورابعها لو تزوجت بغير كفوف ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر وفرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلية عندها استحسانا ، وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها إتمام العدة الأولى . وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول . وسادسها تزوجها صغيرة فلحل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول . وسابعها تزوجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها . وثامنها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول . وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم تزوجها في العدة فاعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول (قوله وإذا طلق الذي النية) أو مات عنها (فلا عدة عليها) فلو تزوجها مسلم أو ذى في فور طلاقها جاز ، وهذا إذا كانت لا تجب في معتقدهم ، بخلاف ما إذا طلقها المسلم أو مات عنها فإن عليها العدة بالاتفاق لأنها حقه ومعتقده (قوله وكذا إذا خرجت الحرة إلينا مسلمة) ليس بقيد بل المعتبر أن تصبر بحيث لا تمكن من العود إما بخروجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لأعدة عليها

عدة مستقبلية . فإن قيل : لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معينا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول ، وليس كذلك فإن الطلاق بائن . أجب بأنه ليس بطلاق بعد الدخول ، وإنما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم أن يساويه من جميع الوجوه ، ألا ترى أنه الخلوة كالدخل في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيها سواهما ، حتى لو طلقها بعد خلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشترى المغنوب وهو واضح . وقوله (فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول) تشبيه لتحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق ، وقول زفر على ما ذكره واضح . وقوله (وجوابه ماقلنا) إشارة إلى قوله ولا كمال العدة الأولى وإلى قوله ولها أنها مقبوضة في يده النكاح (وإذا طلق الذي النية فلا عدة عليها) وكذا إذا خرجت الحرة إلينا) مراعاة على نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبدا ، يقال راعم فلان قومه إذا نابدهم وخرج عنهم ،

ولا يجب عليها شيء من الحقة الأخرى لأنها عدة أم الولد أصحت (قوله تشبيه لتحقيق بدليل قوله قبله الخ) أقول : في دلالته على ما ذكره تأمل ، بل دلالته على أنه كذلك حكما إلا أن يريد بالتفصيل هذا المعنى .

فإن تزوجت جاز إلا أن تكون حاملا ، وهذا كله عند أبي حنيفة ، وقالوا : عليها وعلى الزميمة العدة) أما الزميمة فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم ، وقد بيناه في كتاب النكاح ، وقول أبي حنيفة فيها إذا كان معتقدهم أنه لأعدة عليها ، وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين ، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ . وله قوله تعالى - لا جناح عليكم أن تنكحوهن - ولأن العدة حيث وجبت كان فيها حتى بنى آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك

(فإن تزوجت جاز إلا أن تكون حاملا) وعنه لا يطرأها الزوج حتى يستبرئها بحضة ، وعنه لا يزوجها إلا بعد الاستبراء (وقالوا عليها) أي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة (وعلى الزميمة العدة . أما الزميمة فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح) أي الاختلاف المشبه وهو عين المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح أهل الشرك : وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز إلى آخره ، أو المراد كلا من المختلفين (وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة) لمسلمة في دار الإسلام (لو وقعت بسبب آخر) غير التباين في دار الإسلام كالطواعة والموت والطلاق (وجبت العدة فكذا بسبب التباين) وإنما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل بخلافه مسلمة ، ولو لم يخص بها لم تظهر الملازمة عليه لأنه قائل بعدم العدة عن طلاق الذي ذميمة إذا كانوا يدينون ذلك (قوله بخلافه ما إذا هاجر الزوج) مسلما أو ذميا أو مستأثما ثم صار مسلما أو ذميا (وتركها) فإنه لأعدة عليها هناك إجماعا حتى جاز له أن يزوج أحبها أو أربعة سواها كما دخل دار الإسلام (لعدم تبليغ الأحكام) لما في دار الحرب لا لأنها غير مخاطبة بالعدة لما قلنا في باب نكاح أهل الشرك أنها حتى الأدنى فتخاطب بها . وقوله (وله قوله تعالى - ولا جناح عليكم أن تنكحوهن -) بعد قوله تعالى - إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ، والريادة على النص لا يجوز بالظن ، وقوله تعالى - يتر بصن بأنفسهن ثلاثة قروء - في المطلقات ، فلحاق التباين بالطلاق قياسا ببقية بما بعد العدة ، ولا يجوز الزيادة بالقياس ، هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة ، والخلو الصبيحة في النكاح الفاسد لا يجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها

والإسلام ليس بشرط . قال الإمام الترمذاني : إذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما أو ذميا أو مستأثما ثم أسلم أو صار ذميا والآخر على حربه فقد زالت الزوجية ، ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها ، وإنما قيد المصنف قوله مسلمة بيانا لأحسن حالها (فإن تزوجت جاز عند أبي حنيفة . وقالوا : عليها وعلى الزميمة العدة أما الزميمة فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم) يعني كما أن نكاح المحارم فيها بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لم كذا كذا الزميمة المطلقة لأعدة عليها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك (وقد بيناه في كتاب النكاح) يعني في باب نكاح أهل الشرك (وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق ووجبت العدة فكذا بسبب التباين ، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها) في دار الحرب (لعدم تبليغ أحكام الشرع . وإياها وله قوله تعالى - ولا جناح عليكم أن تنكحوهن - نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقيده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص . وقوله (ولأن العدة حيث وجبت) دليل معقول . وتقريره : العدة حيث وجبت كان فيها حتى العبد لأنها يجب صيانة لماء محترم ولهذا لا يجب قبل النحول ولا حتى للحربي لأنه ملحق بالجماد حتى كان

(قوله) وإنما قيد المصنف بقوله مسلمة (إلخ) أقول : إنما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الأول (قال المصنف : إن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة) أقول : ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله .

إلا أن تكون حاملا لأن في بطنها ولدا ثابت النسب. وعن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يوطأها كالحيلى من الزنا والأول أصح.

(فصل)

المهر لأن التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ، ولا إشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح . وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح ، فإن كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والإحرام ونحو ذلك تجب العدة وإن لم يجب كمال المهر ، وإن اعترفا بعدم النحول لأنها حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق إبطال حق غيرهما ، وتقدمت هذه في باب المهر وأن هذا قول القدوري ومن تبعه ، واختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة ، وعدة المستحاضة كغيرها لأنها ترد إلى أيام عادت ، فإن نسيت عادتها اعتدت بثلاثة أشهر ، وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالأشهر ، فلما أن يكون الطلاق أو الموت في غرة الشهر أو في أثنائه . ففي الأول يعتبر ثلاثة أشهر في الطلاق أو أربعة في الوفاة بالأهلة ، وفي الثاني قال أبو حنيفة : تعتبر الأيام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة . وقال محمد : تعتد بقية الشهر بالأيام ثم تعتد شهرين بالأهلة وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام . وعن أبي يوسف روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله .

(فصل)

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما يجب فيها على المعتدات فإنه في المرتبة الثانية من

محل للتملك . وقوله (إلا أن تكون حاملا) يجوز أن يكون استثناء من قوله ، والجري ملحق بالجماد معنى لأن معناه والجري لاحق له (إلا أن تكون امرأته حاملا لأن في بطنها ولدا ثابت النسب) والحمل ثابت النسب (والحمل ثابت النسب يكون أمعن من احتماله ، ألا ترى أن أم الولد إذا كانت حاملا لا يزوجه مولاه ، وإذا كانت حائلا جاز له ذلك ، وهذا لأن الولد إذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما ، فنكاحها يستلزم الجمع بين الفرائش ، ولا كذلك إذا لم يكن . ولنقاتل أن يقول : قوله تعالى - ولا جناح عليكم أن تنكحوهن - مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل ، فقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة إلى العدة . والجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين مائه زرع غيره » مشهور ثلقته الأمة بالقبول فيجوز به الزيادة ، بخلاف العدة فإنه ليس فيها مثله . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها إن تزوجت صح نكاحها ولا يوطأها كالحيلى من الزنا ، والأول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد ، بخلاف الحيلى من الزنا لأنه لا نسب له .

(فصل)

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من يجب وعلى من لا يجب ذكر في هذا الفصل ما يجب

(قوله أمعن من احتماله) أقول : فلا يلزم من منع الحمل منع الاحتمال (قوله والجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم : من كان يؤمن بالله الخ) أقول : فيه بحث ، والأصوب انتشيت بقوله تعالى - وأولات الأحمال الآية ، فإن المراد أولات الأحمال عند الفرة والافرة في الزنا ، ثم الحديث لإيدل على نية النكاح بل يدل على نية الوطء (قوله والأول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح الخ) أقول : قد تقدم في فصل المحرمات من كتاب النكاح أن امتناع النكاح في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرة محرم فيلبي أن يجوز .

(فصل) وعلى المبتوتة

قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد) أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا »

أصل وجوبها (قوله وعلى المبتوتة) يعنى ويجب بسبب التزوج على المبتوتة وأصلها المبتوت طلاقها ، ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهى المختلعة والمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ابتداء ، ولا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الأقارب وهل يباح ؟ قال محمد في التواحر : لا يحل الإحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وإنما هو في الزوج خاصة ، قيل أراد بذلك فإذا زاد على الثلاث لما في الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام ، والتقييد بالمبتوتات يفيد نفي وجوبه على الرجعية ، وينبغي أنها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها ، لأن الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريد بها ، وهذا الإحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه (قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم الخ) في الصحيحين من حديث زينب بنت أبي سلمة قالت : توفي حميم لأم حبيبة فدعت بصغيرة فسحته بذر أعياها وقالت : إنما أصنع هذا لأنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » والحميم القريب . وقد روى بلفظ آخر وقع فيه مفسرا هكذا : لما توفي أبوها أبو سفيان . وفي لفظ البخاري فيه « فوق ثلاثة أيام » ولا يخفى أنه لا دليل فيه على إيجاب الإحداد لأن حاصله استثناءه من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه . وما قيل من أن نفي حل الإحداد نفي الإحداد فاستثنائه استثناء من نفيه وهو إثباته فيصير حاصله لا إحداد إلا من زوج فلأنها تحد ، وذلك يقتضي الوجوب لأن الإخبار

على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب ، يقال بتّ طلاق المرأة وأبنته المبتوتة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها ، والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهى تقع على ثلاث ، وهى المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة بتطليقة بائنة (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد) وهو ترك زينبها وخضابها بعد وفاة زوجها . وأصل الحد المنع ، يقال أحدت المرأة إحدادا فهي محدّة منعت نفسها ، وحدت تحد حدادا (أما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا ») وفي وجه الاستدلال به إشكال لأن مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم إحلال ، وليس الكلام فيه وإنما هو في الإيجاب . وقال في النهاية : يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل » نفي لإحلال الإحداد ونفي لإحلال الإحداد نفي الإحداد نفسه فيحدث كان في المستثنى إثبات الإحداد للاحالة . وكان تقرير الحديث : لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها فلأنها تحد أربعة أشهر وعشرا فكان هذا حينئذ إخبار بإحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لأن إخبار الشارع أكد من الأمر وهذا أنسب ما وجدت في الشروح . فإن قيل : الإحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك منموم

¹ (قوله وخضابها بعد وفاة زوجها) أقول : الأولى أن يقال بعد فراق زوجها ليم المبتوتة (قوله وقال في النهاية : يمكن أن يقال ، إلى قوله : وهذا أنسب ما وجدت في الشروح) أقول : إن أراد التعاد التغيين فظاهر أنه ليس كذلك ، وإن أراد الاستمرار فقل تقدير تسليمه لضرورة في جعل الاستثناء من اللزوم ، ثم أقول : لو صح ما ذكره لا يخلو في أمثاله وليس كذلك (قوله فإن قيل الإحداد هو التأسف على فوت النعم وهو منموم الخ) أقول : ذلك أن تقول المنموم هو التأسف على فوت النعم الدينية المحضة ونعمة النكاح ليست كذلك فلأنها من أسباب النجاة في الماد والدينية .

وأما المبتوتة فذهبتا . وقال الشافعي : لاحداد عليها لأنه

يفيده على ماعرف ، ومن أن نفي حل الإحداد إيجاب الزينة فاستثناه استثناء من الإيجاب فيكون إيجابا ، لأن الأصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم ، إذ يمنع كون نفي حل الشيء المحسنى نفي له عن الوجوب لغة أو شرعا ليعتصم الاستثناء الإخبار بوجوده بل نفي له عن الحل . ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحقيقه بالإباحة والتدب ولا وجوب . وأيضا استثناء الإحداد من إيجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الإحداد ، واتحاد الجنس حاصل مع هذا ، فإن المستثنى والمستثنى منه الإحداد . ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالأول ، فلذا قال ظهير الدين : وما فاهوا به بما فيه تلج الفواد . وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري إلى أنه لا يجب ولكن يحل . ويدل عليه ما أخرجه أبو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحل على زوجها حتى تنقضي عدتها ، وعلى من سواه ثلاثة أيام . والحق أن الاستدلال بنحو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحل على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحل عليه أربعة أشهر وعشرا . فإن فيه تصريحاً بالإخبار ، ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوما بإرادة الإخبار بوجود فعلها منه بطريق الحمل لظهور إرادته في حديث آخر ، ولم يخف أن الإخبار الموجب للوجوب الإخبار بصدر الفعل بالنسبة إلى المكلف لا بالنسبة إلى ثبوته شرعا . فلا إذ قال الحداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا إذا قال الحداد ثابت شرعا فإنه أعم . ومن الأدلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال : لا تحل امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا ، ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ولا تمس طيبا إلا إذا ظهرت نبذة من قسط أو أظفار . فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الإحداد ، والنبذة بضم النون الشيء السير ، والقسطو الأظفار نوعان من البخور ، رخص فيه في الفسل من الحيف في تطيب المحل وإزالة كراهته . وحدثت أم سلمة في الصحيحين أيضا قالت : جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن ابني توفي عنها زوجها وقد اشتكت حينها أفنكحلها بضم الحاء ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا امرئين أو ثلاثا ، كل ذلك يقول لا ، ثم قال : إنما هي أربعة أشهر وعشرا ، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترى بالبرعة على رأس الحول . قالت زينب : كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شرايبها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ، ثم توثق بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشيء إلا مات ، ثم تخرج فتعطى برة فترى بها ، ثم تراجع بعد ماشاءت من طيب أو غيره . الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة : البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بقاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل : أي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر أو نحوه تمسح به قبلها وتبليه ، فلا يكاد يعيش ما تفتض به ، فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك . وقيل الاقتضاض الإتيان بالفسل لصبر كالفضة فهو منه ، والأول أحسن (قوله وقال الشافعي رحمه الله لاحداد عليها) أي على المبتوتة لأنه لإظهار التأسف وهو في الموت لعبره على مصيبتها إلى الموت ، بخلاف ابتدائه

قال الله تعالى : لكيلا تنسوا على ما فاتكم ولا تنفروا بما آتاكم - فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب ؟ أجب بأن المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسمى خاص وهو الفرح والأسمى مع الصباح هكذا روى عن ابن مسعود (وأما) وجوب الإحداد على (المبتوتة فذهبتا . وقال الشافعي : لاحداد عليها لأنه

وجب إظهار التأسف على فوت زوج وفي بعدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته . ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء . وقال « الحناء طيب » ولأنه يجب إظهارا للتأسف

لعلائها ثلاثا فإنه موحشها وخلعه لأنها رغبة فيه لكان سوأها . قلنا : في عمل الزنا نص ، وهو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم « أنه نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » ذكره السروجي حديثا واحدا وعزاه للنسائي هكذا ، ولفظه : « نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب » والله أعلم به . ويجوز كونه في بعض كتبه . وأما جملة حديثين حديث « الحناء طيب » المتقدم ، وحديث أبي داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت « قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا في عدي من وفاة أبي سلمة : لا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب ، قلت : قبأى شيء أمشطت يارسول الله ؟ قال : بالسدر تغلفين به رأسك » فجع الطعن في إسناده لا يفيد المقصود فإنه في معتدة عن وفاة . ولو سلم ثبت المطلوب بالمقاس على عدة المتوفى عنها بإجماع إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح ، وبتقدير تسليم أن ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على المحصر بل في محل إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التي هي من أسباب النجاة في المعاد والدنيا فإنه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج ، وكون الزينة والطيب من مهيئات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا في هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يدافع عن أداء الواجب ، وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضا عند قوله وفيه وجهان إلى آخره ، لكن ظاهره أنه ذكر على أنه علة أخرى ، والتجقيق أنه حكمة لأن المنضبط فوات ما قلناه ، بخلاف ما هو دواعيه ، وكل من الأزمن يستقل بالحكم ، فإذا وجد في محل ثبت معه ذلك الحكم ، ففي المبتوتة إن فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود ، ولو تم ما ذكر من إظهار التأسف مطلقا ليس علة لأنه ممنوع منه بقوله تعالى - لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم - فلا يكون الإحداد في المتوفى عنها منوط به لزم كون وجوبه تبعا للعدة بالنص أو معلولا بالآخر فقط ، لكن منع بأن المراد بقوله تعالى - لكيلا تأسوا -

وجب إظهارا للتأسف على فوت زوج وفي بعدها إلى مماته . وهذا قد أوحشها بالإبانة فلا تأسف على فوته . ولنا ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » روته أم سلمة ، ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى حماد عن إبراهيم النخعي قال : المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعبة لا يختضبن ولا يطينن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يفرجن من بيوتن . وإبراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى . فيجوز تقليده . وقوله (ولأنه وجب) دليل مقبول ، ويجوز أن يكون بيانا لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة ، وتقديره أن النص ورد في وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ، ومناط حكمه إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح الذي هو سبب لصورتها

(قوله ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها) أقول : فيقتضى أن يجب الإحداد على المطلقة الرجعية في العدة . وإجواب أن كونها معتدة متردد غير متعين مادامت في العدة ، فإذا انقضت ولم يراجعها ظهر أن المطلقة حمل عمله من وقت وجوده والمدة حدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال (قوله ويجوز أن يكون بيانا لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة) أقول : فيه بحث (قوله ومناط حكمه إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح) أقول : ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم إلا على زوجها يدل على أنه لفوات الزوج فليأمل .

على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنثها، والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الإبانة لا بعدها (والحداد) ويقال الإحداد وهما لغتان (أن ترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر، وفي الجماع الصغير إلا من وجع) والمعنى فيه وجهان: أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجنبها كى لاتصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم، وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يأذن للممتدة في الاكتحال. والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر، ولهذا يمنع المحرم عنه قال: إلا من عذر لأن فيه ضرورة، والمراد الدواء

الآية، الأسي مع الصباح والفرح مع الصباح، نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا (قوله والحداد ويقال الإحداد) فمن الأول يقال حدثت المرأة تحم من باب نصر ومن باب ضرب أيضا حداد فهي حاد، ومن الثاني يقال أحدثت تحم إحدادا فهي محد (قوله أن ترك الطيب) ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها كسب إلا فيه (قوله وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم) تقدم (قوله والدهن لا يعرى عن نوع طيب) إما في ذاته أو في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته، وقد وقع للزيلعي مخرج الأحاديث هنا وهم، وذلك أنه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف أنه صلى الله عليه وسلم لم يأذن للممتدة في الاكتحال والدهن، فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال: وأما الدهن فقريب وهو سهو، فإن الدهن مبتدأ أخبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فألحقه بإحقا (قوله قال: إلا من عذر) لأن فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الأئمة، وذهبت الظاهرية إلى

وكفاية مؤنثها، والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الإبانة لا بعدها فكان إلحاق المبعوثة بالمتوفى عنها زوجها كإلحاق ضرب الوالدين بالتأليف. فإن قيل: إن تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لأنها قد اغتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه، فكيف تتأسف؟ فالجواب أن الأحكام إنما تعتبر بالوضوعات الأصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين. لا يقال: لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الأزواج أيضا لأن نعمة النكاح مشتركة بينهما. لأنا نقول: النص لم يرد إلا في الزوجات، والأزواج ليسوا في معنائهم ككونهم أحق منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتين لأنهن لم على وضرم ودرور التفقة عليهن لكونهن ضمايف عن التكسب عواجز عن الثقل ولا كذلك الأزواج. وقوله (والحداد ويقال الإحداد) تعريف للحداد، وكان موضعه أول الكلام، وأتى بالجامع الصغير لأن لفظة يخالف لفظ القدوري، وفي الوجع إشارة إلى أن العذر هو التداوى لا الزينة. وقوله (والمعنى فيه) أى في إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان: أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها لأن المرأة إن كانت مرتبة متطية تزيد رغبة الرجل فيها (وهي ممنوعة عن النكاح) مادامت في عدة الوفاة أو العلق (فتجنبها كى لاتصير ذريعة) أى وسيلة (إلى الوقوع في المحرم) وهو النكاح (وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للممتدة في الاكتحال) روى عن أم سلمة رضى الله عنها أنها قالت «جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت: إن زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينا أفنكحها؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا، مرتين أو ثلاثا» وقوله (والمراد والدواء) يعنى ينبغي أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة

(قوله روى عن أم سلمة رضى الله عنها). إلى قوله: فقال صلى الله عليه وسلم: لا مرتين أو ثلاثا أقول: فإن قيل: مقتضى الحديث أن

لا الزينة . ولواعث الدهر فخافت وجعا ، فإن كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لأن الغالب كالواقع ، وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) لما رويها (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بصفر ولا بزعفران) لأنه يفوح منه رائحة الطيب . قال (ولاحداد على كافرة) لأنها غير غطاطة بحق الشرع (ولا على

أنها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نبيها مؤكدا عن الكحل التي اشتكت عنها ، والجمهور حمّاه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها ، وكذا قال المصنف ، فإن كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات ، وقد جاء في حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عنها فتكتحل بكحل الجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة فسألها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه إلا من أمر لا بد منه يشتد عليك فتكتحل بالليل وتمسح به بالنهار ثم قالت : عند ذلك ودخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على صبرا ، فقال : ما هذا يا أم سلمة ؟ قلت : إنما هي صبر يارسول الله ؟ فقال : إنه يشب الوجه فلا تجليه إلا بالليل وانزعيه بالنهار ، ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب ، الحديث رواه أحمد وغيره . لكن أمها عجوهولة ، وتمشط بأسمان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في القيسوط ، وأطلقه الأئمة الثلاثة ، وقد ورد في الحديث مطلقا ، وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهي ممنوعة منها ، وبالعامة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد محتاج لإخراج الهوام إلى الضيقة . نعم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يعمل . وأجمعا على منع الأدهان المطيبة ، واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحين والسمن فنعنا نحن والشافعي إلا لضرورة لحصول الزينة به ، وأجازوه الإمامان والظاهرية (قوله لعذر) كالحكة والقمل والمرض ، وقال مالك : يباح لها الحرير الأسود والحل ، والمعنى المقول من النص في منع المصبوغ بغيره ، وقد صرح بمنع الحل في الحديث على ما سنده ، ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق إلا العصب فشمل منع الأسود (قوله لأنه يفوح الخ) يفيد أنه إذا كان خلقا لا رائحة له يجوز . وفي الكافي قال : إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ فإنه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة ، ويأبى تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره إما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها إن كان لها . وروى مالك وأبو داود والنسائي عن أم سلمة قالت : قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصر من الثياب ولا المشقة ولا الحل ، ولا تختضب ولا تكتحل ، هذا لفظ أبي داود . والمشقة المفرة ، ولا تلبس العصب عندنا . وأجاز الشافعي رقيقه وغلظه ، ومنع مالك رقيقه دون غلظه . واختلف الحنابلة فيه وفي تفسيره ، في الصحاح : العصب ضرب من برود الجن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك ، وفي المغني : الصحيح أنه نبت يصبغ به الثياب ، وفسرت في الحديث بأنها ثياب من الجن فيها بياض وسواد ، ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة ، وجعله الظاهرية كالأحمر والأخضر (قوله ولا حداد على كافرة) لاحداد عندنا على كافرة ولا مجنونة ، خلافا للشافعي ومالك لأنه يجب لموت الزوج

وقوله (لما رويها إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم «الحناء طيب» . قال (ولاحداد على كافرة) هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية . ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم ، أما الكافرة وهي الكاتبة فلائها غير غطاطة بحق الشرع والحداد من

لا يجوز بملوكها من طهر الظاهرية لا يجوزون الاكتمال ولو من وجع الحديث . قلنا : الجمهور حمّاه على أنه لم يصح الخوف حل منها . قال الكلال الدميري : فخره سنج النوى : زاد عيه الحق فيه أنها قالت : يارسول الله إن أعشى أن تفقا منها ، قال : وإن انفقتا أم . فهذا يدل على ما ذهب إليه الظاهرية إلا أن يقال بدم صفة وفيه تأمل (قال المصنف : ولا حداد على كافرة) أقول : قال ابن القيم : ولا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة .

صغيرة) لأن الخطاب موضوع عنها (وعلى الأمة الإحداد) لأنها مخاطبة بمقوق الله تعالى فيها ليس فيه إبطال حق المولى ، بخلاف المنع من الخروج لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته .

فيم النساء كالعدة . قلنا : يجب الحداد عند موت الزوج حقا من حقوق الشرع ، ولهذا لو أهرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ، ولذا شرط الإيمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » الحديث . قولهم كما تم العدة عليهن . قلنا : العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمان الخاصة وعلى نفس الحرمان وعلى مضى المدة على ما أسلفناه بتحقيقه ، والعدة اللازمة لمن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البيونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة ، فإذا باشره ولى الصغيرة والجنونة قبلها لا يصح شرعا ، ولا خطاب للعباد فيه تكليف بل هو من ربط المسببات بالأسباب ، بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسى محكوم بجرهته فلا بد فيه من خطاب التكليف ، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف . فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأتين لعدم التكليف به . نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج ، فإن في العدة بهذا المعنى جهتين (قوله وعلى الأمة الحداد) يعنى إذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن ، وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستعانة لثبوت العلة الموجبة لأنها مخاطبة بحقوقه تعالى فيها ليس فيه إبطال حق المولى . وليس في الإحداد فوات حقه في الاستخدام ، بخلاف المنع من الخروج فإنه لو لم يمت في العدة ثبت ذلك ، قلنا : لا تمنع من الخروج في عدها حتى لا يفوت حقه في استخدامها ، وحق العبد مقدم على حق الشرع بإذنه لقناه ، قال تعالى - إلا ما اضطررتم إليه - فإن قيل : لو وجب الحداد لعدة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة . فاجواب أنها لم تفوت لقيام الحل والكفاية ، غاية الأمر أنه ثبت على وجه أخط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ، ولا أثر لهذا القدر من الأحطية فإن نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات ما فيها من أنها سبب لصونها وكفاية مثنيتها ، وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد ، وبهذا التقرير يندفع إشكال أنه لا ينوب الأدنى وهو هذا الحل عن الأعلى والتقصي عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة ، إلا أنه لم يظهر لكونها حلالا حتى لو أعتقها ظهر فإنه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها أنه وجوب

حقوقه ، أشار إلى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » وأما الصغيرة فلأن الخطاب موضوع عنها ، وذكر الأمة في أثنتها استطرادا وهو ظاهر ، وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلأن كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف ، والأصل ذو الإباحة في الزينة لأسيا في النساء ، قال الله

ولا جنونة ، خلافا للثاني ومالك رحمهما الله لأنه يجب موت الزوج فيم النساء كالعدة . قلنا : يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ، ولهذا لو أهرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه ولا يخاطب هؤلاء به ، ولهذا شرط الإيمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » الحديث . قولهم كما تم العدة عليهن . قلنا العدة : قد تقال على كف النفس عن الحرمان الخاصة وعلى نفس الحرمان وعلى مضى المدة كما أسلفناه بتحقيقه ، والعدة اللازمة لمن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البيونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة ، فإذا باشره ولى الصغيرة والجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليف بل هو من ربط المسببات بالأسباب ، بخلاف منعها من اللبس والطيب فإنه فعلها الحسى محكوم بجرهته فلا بد فيه من خطاب التكليف ، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف ، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأتين لعدم التكليف به . نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فإن في العدة بهذا المعنى جهتين أم . في قوله فلا بد فيه من خطاب التكليف بحث لأنه لا يجوز أن يكون للزوجة

قال (وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد) لأنها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والإباحة أصل (ولا ينبغي أن تحطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيها عرضتم به من خطبة النساء - إلى أن قال - ولكن لاتواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا - وقال عليه الصلاة والسلام « السر » النكاح » وقال ابن عباس رضى الله عنهما : التعريض أن يقول إلى أريد أن أتزوج . وعن سعيد بن جبير رضى الله عنه في القول المعروف : إلى فيك لراغب وإلى أريد أن نجتج

لا فائدة فيه لأن لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة (قوله وليس في عدة أم الولد من وفاة سيدها أو إعتاقها حداد) وكذا الموطوءة بشبهة والمنكحة فاسدا لأنهن ما فاتهن نعمة النكاح (والأصل الإباحة) أى إباحة الزينة ، وهذا لأن بالإعتاق يزول الرق الذى هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الأسف ، والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر . وأورد عليه أنه فوات عدة معينة ، وقدم المصنف للإحداد عدة أخرى وهو كون هذه الأشياء دواعى الرغبة وكل منهما يستقل وهذه موجودة هنا فينبغى أن يجب الحداد . وأجيب بأن كونهما ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لاعتله ، بل علتة فوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجودا وعدما ، كذا قيل وهو بالضعيف جدير . وفي النهاية : تلك حكمة لاعتله لما ذكرنا من دوران وجوب الإحداد بفوات نعمة النكاح ، والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسئلة الاستبراء (قوله ولا بأس بالتعريض في الخطبة) أراد المتوفى عنها زوجها ، إذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالإجماع ، فإنه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخطئ على الناس ، ولإفصائه إلى عداوة المطلق والتعريض أن يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخارى عنه قال : - لا جناح عليكم فيها عرضتم به - يقول إلى أريد أن أتزوج أو وددت أن يتيسر لى امرأة صالحة ، وقال القاسم يقول إنك على كريمة وإلى فيك لراغب وإن الله لسائق إليك خيرا أو نحو هذا . وأخرج البيهقي عن سعيد بن جبير - إلا أن تقولوا قولا معروفا - قال يقول إلى فيك لراغب وإلى لأرجو أن نجتمع ، وليس في هذا تصريح بالتزوج والنكاح ، ونحوه إنك لجميلة أو صالحة ، ولا يصرح بنكاحها فلا يقول إلى أريد أن أنكحك أو أتزوجك . وسبك الآية - ولا جناح عليكم فيها عرضتم به - أى فيما ذكرتم لمن من الألفاظ الموهمة لإرادة نكاحهن - أو أكنتم - أى أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا

تعالى - قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده - فلان قيل : قد ذكر المصنف أن وجوب الحداد لإظهار التأسف وكون هذه الأشياء دواعى الرغبة فيها ، فإن فات الأول في أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لأنها ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما ، وكان ينبغي أن يجب الحداد عليهما لوجه الثاني . أجيب بأن الوجه الثاني حكمة وليس بعله لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح ، والحكم يدور على العلة دون الحكمة ، وأرى أن قوله والإباحة الأصلية إشارة إلى الجواب عن هذا السؤال . ووجهه أنه لما فات فيها أحد الوجهين عارضت الإباحة الأصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة (ولا ينبغي أن تحطب المعتدة) لقوله - ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله - (ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيها عرضتم به من خطبة النساء - إلى أن قال - ولكن لاتواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا - وقال صلى الله عليه وسلم « السر » النكاح » وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا ، والتعريض أن تذكر شيئا تدل به على شيء آخر ، وقد فسر ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ، ومعنى قوله - أكنتم في أنفسكم - أى

(ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا ، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبث في غير منزلها) أما المطلقة فلقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - قيل الفاحشة نفس الخروج ، وقيل الزنا ، ويخرجن لإقامة الحد ، وأما المتوفى عنها زوجها فلا لأنه لا نفقة لها فتحتاج إلى الخروج نهارا لطلب المعاش ، وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ، ولا كذلك المطلقة لأن النفقة دارة عليها من مال زوجها ،

تصريحا - علم الله أنكم ستذكرونهن - فاذكروهن - ولكن لاتواعدوهن سرا - أى نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سرا لأنه سبب السر الذى هو الوطء فإنه مما يسر ، وحديث « السر النكاح » المذكور في الكتاب غريب - إلا أن تقولوا قولا معروفا - والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن ، وهو منقطع لأن القول المعروف ليس داخلا في السر والاستدراك يتعلق بالمحلف الذى أبرزنا صورته وهو فاذكروهن ، والله أعلم (قوله وبعض الليل) يخصه من التعليل قوله وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ، وقد روى عن محمد المتوفى عنها لئلا بأس أن تعيب عن بيتها أقل من نصف الليل . قال الحلواني : هذه الرواية صحيحة لأن الحرم عليها البيوتة في غير منزلها ، والبيوتة هي الكيوتة في جميع الليل نقله في الكافي ، وقد مر قبله ما يبنى اختيار صحفها وهو قوله لأن نفقتها عليها وعسى لا يجد من يكفيها مئوتها فتحتاج إلى الخروج لنفقتها غير أن أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى . ويعرف من التعليل أيضا أنها إذا كان لها قدر كفايتها صارت كالطائفة فلا يحمل لها أن تخرج لزيارة ونحوها ليلا ولا نهارا . والحاصل أن مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فيقدر بقدره ، ففى انقضت حاجتها لا يحمل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها (قوله أما المطلقة فلقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن - الآية) اشتملت على نهى الأزواج عن إخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن أو حاجتهن إلى المساكن ، وعلى نهى المطلقات عن الخروج ونهين أبلغ لأنه أوقع بلفظ الخبر - إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - قيل الفاحشة نفس الخروج ، قاله النخعي ، وبه أخذ أبو حنيفة ، وقيل الزنا ، فيخرجن لإقامة الحد عليهن وهو قول

سأترم في قلوبكم فلم تذكروه بالاستتكم لامرضين ولا مصرحين ، والمستدرك بقوله - ولكن لاتواعدوهن - محلف بتقديره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لاتواعدوهن سرا : أى وطأ لأنه مما يسر ، إلا أن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرخوا ، والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن : أى لاتواعدوهن مودة قط إلا مودة معروفة ، كذا في الكشف ، وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل) الذى كانت فيه وقت المفارقة إلا إذا اضطرت نحو إن خافت سقوطه أو يغاز فيه على نفسها أو مالها أو أخرجه أهل المنزل بأن كانت تسكن بكراهة وكان زوجها غالبا أو لاقتدر على الأجرة (والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبث في غير منزلها ، أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى - واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة -) واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج ، قاله إبراهيم النخعي وبه أخذ أبو حنيفة ، فيكون معناها : إلا أن يكون خروجها فاحشة ، كما يقال لا يسب النبي عليه الصلاة والسلام إلا كافر ولا يزني أحد إلا أن يكون فاسقا (وقيل هي الزنا ويخرجن لإقامة الحد عليهن) قاله ابن مسعود ، وبه أخذ أبو يوسف ، وقال ابن عباس : هي تشوزها وإن تكون بولية اللسان تبلو على أحباء زوجها . وقوله (وأما المتوفى عنها زوجها) واضح .

حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قبل إنها تخرج نهارا ، وقيل لا تخرج لأنها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها (وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفقرة والموت) لقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه ، ولهذا لو زارت أهلها وطلقتها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه وقال عليه الصلاة والسلام لقي قتل زوجها « اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » (وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت ، لأن هذا انتقال بعذر ، والعبادات تؤثر فيها الأعداء

ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف ، وقال ابن عباس : الفاحشة نشوزها وأن تكون بذية اللسان على أحمائها . وقول ابن مسعود أظهر من جهة وضع اللفظ لأن - إلا أن - غاية ، والثى لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعي أبدع وأعذب في الكلام ، كما يقال في الخطايا لا تترى إلا أن تكون فاسقا ، ولا تشتم أمك إلا أن تكون قاطع رحم ونحوه ، وهو بديع ببلغ جدا يخرج إظهار عدولته عن غرضنا (قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قبل تخرج نهارا) لأنها قد محتاج كالنكاح عنها . وقيل لا يباح لها الخروج لأنها هي التي أبطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار في إبطال حق عليها ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد ، وصححه في جامع قاضيخان ، وهذا كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها فإن مثونة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكتري بيت الزوج ، وأما أن يحل لها الخروج فلا . والحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع ، فإن علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل . وإن علم قدرتها أفتاها بالحرمه (قوله ولهذا) أي لأن البيت المضاف إليها هو الذي تسكنه لو زارت أهلها والزوج معها أو لا فطلقها كان عليها أن تعود إلى منزلها ذلك فتعتد (قوله وقال صلى الله عليه وسلم) تأييدا للاستدلال بالكتاب بأن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا أنه مدلول الكتاب ، وهو ما أخرج أصحاب السنن الأربعة عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن ذريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أنها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فتسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خديلة وأن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كان بطرف القلوم لحقهم فقتلوه ، قالت : فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يترك لي مسكنا يملكه ولا نفقة ، فقالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم قالت : فأنصرفت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو أمرني فنوديت له فقال : كيف قلت ؟ قالت : فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي ، قال : اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ، قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا ، قالت : فلما كان عثان أرسل إلى فسألتني عن ذلك فأخبرته غابته « انتهى ، ورواه مالك في الموطأ وابن حبان في صحيحه ، وأخرجه الحاكم عن إسحاق ابن سعيد بن كعب بن عجرة حدثني زينب به . قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد من الوجهين جميعا

وقوله (وقال صلى الله عليه وسلم لقي قتل زوجها) هي فريمة بنت مالك بن أبي سنان أخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت أن تعتد في بني خديلة لا في بيت زوجها ، فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : أعينى المسئلة ، فأعادت فقال لها : لا حتى يبلغ الكتاب أجله « يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك . وفي هذا الحديث دليل على حكيم . على أنها يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج ،

فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه (ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من ستره بينهما ثم لأبأس به) لأنه معترف بالحرمه إلا أن يكون فاسقا بخاف عليها منه فحينئذ يخرج لأنه عذر ، ولا يخرج عما انتقلت إليه ، والأولى أن يخرج هو ويتركها (وإن جمعا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن ، وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج ، والأولى خروجه ،

ولم يخرجناه . قال محمد بن يحيى الذهلي : هذا حديث صحيح محفوظ . وهما اثنان : سعيد بن إسحاق وهو أشهرهما وإسحاق ابن سعد بن كعب ، وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الأنصاري ، وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى . وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن إسحاق وهو غير مشهور بالمعالة دفعه ابن القطان بأن الحديث صحيح ، فإن سعيد بن إسحاق ثقة وعن ثقة النسائي وزينب كذلك ثقة . وقال الترمذي : حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما ، ولا يضر الثقة أن لا يروى عنه إلا واحد ، وقد قال ابن عبد البر إنه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به ، وأما ما روى الدارقطني أنه صلى الله عليه وسلم أمر المتوفى عنها زوجها أن تعتد حيث شاءت فقال فيه : لم يسنده غير أبي مالك النخعي وهو ضعيف . وقال ابن القطان ومحبوب بن عمر أيضا ضعيف وعطاء بن المسيب مختلط ، وأبو بكر بن مالك أضعفهم ، فلذلك أحله الدارقطني به . وذكر الجمع أصوب لاحتمال أن تكون الجنحية من غيره انتهى كلامه (قوله وصار كما إذا خافت على متاعها التصوص الخ) أي فلما تخرج لأنه عذر . وإذا خرجت إلى منزل للعلل صار الثاني كالأول فلا يخرج منه إلا للعلل وتعيين الموضع الذي تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج وفي عدة الوفاة إليها لأنها مستبدة في أمر السكنى حتى أن أجرة المنزل إن كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه إلا أن لا تجد الكراهة وتجدها ما هو بلا كراهة فلها أن تتحول إليه ، وكذا في الزوج الغائب ، ولا يخرج المعتدة إلى حصن الدار التي فيها منازل الأجانب لأنه كالخروج إلى السكة ، ولهذا يقطع السارق بإخراج المتاع إليه ، فإن لم يكن في الدار منازل بل بيوت جازها الخروج إلى حصنها ولا تعصير به خارجة عن الدار وتبيت في أي بيت شاءت منها (قوله ثم لا بد من ستره بينهما) يعني إذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد كي لا تقع الخلوة بالأجنبية ، وكذا هذا في الوفاة إذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها . ثم لأبأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحال ، وإنما اكتفى به لأن الزوج يعتقد الحرمه فلا يقدم على المحرم إلا أن يكون فاسقا فحينئذ يخرج لأنه عذر ، والأولى أن يخرج هو ، وكذا في كل موضع يتحقق علربيب الخروج ، الأولى أن يخرج هو ، ولعل المراد أنه أرجح فيجب الحكم به ، كما يقال إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فاحرم أولى ، ويراد ما قلنا ، وهذا لأنهم حللوا أولوية خروجه بأن مكنتها واجب لامتكتها ، ومنى انتقلت فتعين المكان إليه كما ذكرنا آتفا

وعلى أن الخروج في بعض الثمار لتفشاء حوائجها جائز ، فإنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله (والأولى أن يخرج هو ويتركها) لأن مكنتها في منزل الزوج واجب ومكنته فيه مباح ورعاية الواجب أولى . وقوله (وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج) يشير إلى أن ضيق المنزل من جملة الأعذار فإذا خرجت فإلى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل إليه ، بخلاف المتوفى عنها زوجها إذا خرجت للعلل ، فإن التعيين إليها لإستبدادها

(قوله وعلى أن الخروج في بعض الثمار لتفشاء حوائجها جائز الخ) أقول : كان المرحض خروجها لطلب اللباس والخروج لطلبها جميعا من أمر دينها غير ذلك ، فإن للمسلم أن يزوجه يضرب للمرأة على الخروج من منزله بلا إذن إلا إذا احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يسقط لها وهو غير عالم بظاهل . ذكره ابن الحام في آخر القسم (قوله ورعاية الواجب أولى) أقول : بل رعاية الواجب واجب

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها في غير مصر ، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شئت رجعت وإن شئت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن (معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضاً لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج ، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج . قال (إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر فلأنها لا تخرج حتى تمتد ثم تخرج إن كان لها محرم) وهذا عند أبي حنيفة

(قوله وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة أو غيرها) المقصود إذا سافر بها فطلقها فلما رجعا أو بائناً ، ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم ، وإن كان بائناً أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدتها أقل من السفر ، فإن شئت مضت إلى المقصد وإن شئت رجعت سواء كانت في مصر أو لا معها محرم أو لا لأنه ليس في ذلك إنشاء سفر . وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بمحرم وبغيره ، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج ، كذا في الدراية . وإطلاق المصنف يقتضي أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدتها سفر أو دونه ، أما إن كان مدة سفر فظاهر لأن المضى إلى مقصدتها سفر والرجوع ليس بسفر ، وأما إن كان ما دونها فراجع أيضاً لأنها كما رجعت تصير مقيمة ، وإذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل إلى المقصد ، فلذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك ، كذا في النهاية وهو أوجه (قوله ومعناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام) فصاعداً ، فإذا كان دونها إلى المقصد لا يتغير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد (قوله إلا أن يكون) استثناء من قوله إن

في أسر السكني . وقوله (وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها) هذه المسئلة على وجوه لأنه لا يخلو إما أن يكون بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعداً ، فإن كان الأول رجعت إلى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدتها ثلاثة أيام أو دونها ، أما إذا كان ثلاثة أيام فظاهر لأن المضى إلى مقصدتها يكون سفراً والرجوع لا يكون ، وأما إذا كان أقل منها فلأنها كما رجعت صارت مقيمة ، وإذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل إلى المقصد ، فلذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها ، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن يكون بينها وبين المقصد أيضاً ثلاثة أيام أو أقل ، فإن كان ثلاثة أيام فهي بالخيار إن شئت رجعت إلى مصرها وإن شئت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن ، لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج لأن وضع المسئلة في الخروج إلى مكة وغالب طرقها مغارة ومعطش فلا بد من الخروج . قيل وينبغي أن تختار أقرب الجانبيين وهي في هذه المسئلة كالتى أسلمت في دار الحرب لما أن تهاجر من غير محرم لأنها خائفة على نفسها ودينها فهذه في المغازة كذلك . قال المصنف (إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج) وإن كان أقل مضت إلى مقصدتها لأنها إذا مضت لا تكون منشئة سفراً ولا سائرة في العدة مدة السفر ، وإن رجعت كانت منشئة سفراً فلها مضت إلى مقصدتها ولم يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتياداً على أنه يفهم من الشق الأول ، لأنه إذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار ، فإذا كان أحدهما أقل محين . وقوله (إلا أن يكون طلقها أو مات عنها في مصر) استثناء من قوله إن شئت رجعت وإن شئت مضت : يعنى أن لها

(قوله وإذا مضت كانت مسافرة) أقول : في الأغلب زوالا فيجوز أن لا يكون بين مصرها ومكة مدة السفر ، فالأولى أن يطل بما يشمل

(وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لها أن نفس الخروج مباح دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا علر ، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم . وله أن العدة أنعم من الخروج من عدم المحرم ، فإن للمرأة أن تخرج إلى مادون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك . فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم في العدة أولى .

شاعت رجعت وإن شاعت مضت : أى في جميع الأحوال إلا في حال يكون طلقها أو مات عنها في مصر فلما لا لتتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبي حنيفة سواء كان معها محرم أو لا . وحاصل وجوه المسئلة : إما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدتها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على ما في الكافي . وعلى ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع ، أو كان أحدهما سفرا والآخرونه فتختار مادونه لأنها باختيار مقابلة منشئة سفرا دون اختياره ، فإن كان كل منهما سفرا فلا يخلو أن تكون في مفازة أو مصر ، فإن كانت في مفازة فإن شاعت مضت وإن شاعت رجعت بمحرم أولا ، لأن ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج ، والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا ، وإن كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لأن ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى ، بخلاف المفازة ، فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة في العدة وقالوا : تخرج وهو قول أبي حنيفة أولا ، وقوله الآخر أظهر . لما أنها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر ، وهذا لأن أصل الخروج مطلق لما إجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد . وهى قلنا لها أن تخرج إلى مادون السفر بلا محرم فإذا بطل معنى السفر بالمحرم بقى مجرد الخروج وهو مطلق المكان الغربة . إذ الغريب يؤذى ويهان فأشبه المفازة . وله أن تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر ، فالعدة أولى ، وما دون السفر إنما أبيح مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول لا لأن أصل الخروج مباح وهى هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم ، وإذا تناوله لم يسقط بالمحرم لأنه لا يرتفع به حرمة الخروج بسبب العدة . وفي البدائع : لو كانت الجهتان مدة سفر فضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التى تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرما بلا خلاف ، وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة .

اختيار في ذلك إلا إذا كانت المقارفة في مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد ، ثم تخرج إن كان لها محرم عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة ، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم ، وإذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا . وقوله (وهذا علر) إشارة إلى نكتة أخرى هى أن الربص على المعتدة في منزلها . وإن كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بغير كاهن المزل وغيره وأذى القربة ووحشة الوحدة علر فيجوز لها الانتقال نظرا إلى وجود مقتضى وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم . ولأبي حنيفة أن العدة أنعم من الخروج من عدم المحرم لما ذكره في الكتاب وهو واضح .

تلك الصورة (قوله لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق) أقول : فيما إذا كان في مصر وكان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر إلا أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله يقول : هو بناء على الخروج الأول لا أنه إنشاء الخروج ونسبنا نحن فيه تكون منشئة لسفر فتدبر (قوله وقوله وهذا علر) إشارة إلى نكتة أخرى التلج) أقول : ينسبنا أنه ليس بمباح لكنه يرخص لها بغير . فإن قيل : للمباح في كلام المصنف حينئذ بمعنى المرخص بغير فلا فرق بين التكتين لاتحادهما معنى . قلنا : لانسلم أنه بمعنى المرخص ، فإنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر وكانت في مصر مباحا لما أن تخرج وترجع إلى مصرها فحمل الأول ذلك فتأمل .

(باب ثبوت النسب)

(ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فزوجه فولدت ولدا لسته أشهر من يوم تزوجه فهو ابنه وعليه المهر) أما النسب فلأنها فراشه ، لأنها لما جاءت بالولد لسته أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله

ومثله في المحيط ، وفيه : البلى طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر ، في الكلا والماء ، فإن لم تنضر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو ما لها ليس له ذلك ، وإن ضررت فله ذلك إذ الضرورات تبیح المحظورات ، والله سبحانه أعلم .

(باب ثبوت النسب)

أعقبه العدة لأنه مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعلمه فينصرف كل عن الآخر في الحال : أى في حال معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة (قوله ومن قال إن تزوجت فلانة أو امرأة فهي طالق فزوجه فجاءت بولد لسته أشهر من يوم تزوجه) لا أقل ولا أكثر (فهو ابنه وعليه المهر) يريد من وقت تزوجه لأنه قرن اليوم بفعل لا يمتد ، وقد نبه المصنف على هذه الإرادة لأنه لما عل ثبوت نسبه بأنها فراشه قال في إثبات كونها فراشا لأنها لما جاءت به لسته أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فأفاد أن المراد بلفظ اليوم الوقت ، وهذا لأن الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه لا بزمان وإن لطف كما قيل لأنه لا يتخلل بينهما آن خال بل أول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار إلى تحقق زمان يسع التلطف بأن طالق كما حققناه في الطلاق لأنه ثبوت حكى ، وإذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت

(باب ثبوت النسب)

لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقراء والأشهر والأحوال ذكر ما يلزم من اعتدائ أولات الأحوال وهو ثبوت النسب في هذا الباب (ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فزوجه فولدت لسته أشهر من يوم تزوجه) أى من وقت تزوجه لأن اليوم قرن بفعل غير معتد فيكون بمعنى الوقت : يعنى من غير زيادة ولا نقصان (فهو ابنه وعليه المهر ، أما النسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولد لسته أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق لأن الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وإن لطف فيكون العلوق قبله) أى قبل الطلاق

(باب ثبوت النسب)

(قال المصنف : ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق الخ) أقول : وفي الرواية من قال لها إن نكحتها فهي طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها له . وقال العلامة صدر الشريعة في تمليها لأنه لا يبعد أن الزوج والزوجة وكلا بالنكاح ، فأوكيان أنكحها في ليلة معينة والزوج وطأها في تلك الليلة ووجد العلوق ، ولا يعلم أن النكاح مقدم على العلوق أو مغير فلا بد من الحمل على المقارنة على أن الزوج إن علم أنه لم يكن على هذه الصفة وأنه لم يطأها في تلك الليلة فهو قادر على العان ، فلما لم ينف الولد بالمان فليس علينا فيه من الفرائض مع تحقق الإمكان له . وفيه بحث ، وكيف يقدر العان لايم به ثم من شرائط العان قيام الزوجية وهي مطلقة عقيب النكاح (قوله قرن بفعل غير معتد) أقول : يعنى الزوج (قوله فهو ابنه) أقول : كان الظاهر فهو ولده ، ولعل ذكر الإين على سبيل التنازل .

في حالة النكاح والتصوري ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاج في إثباته، وأما المهر فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطنا حكما فتأكد المهر به

النسب ، وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها وطا وسمع الناس كلامهما فوافق الإنزال النكاح ، والأحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الإنزال . وحاصله أن الثبوت يتوقف على القراش وهو ثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه ، وقد يقال القراشية أثر النكاح : أعني العقد فيتبعه فيلزم سبق العلوق على القراش . نعم إذا فسر القراش بالعقد كما عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث ثبت نسب الولد منها إذا جاءت به ، فإن هذا الكون إنما يثبت بعد العقد ، إلا إن قلنا إن العلة مع العلوق في الخارج وكلامهم ليس عليه . وتقرير قاضيهما أن العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصله قبل زوال القراش فيثبت النسب : يعني أن زوال القراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه ، لأن زواله أثره . لا يقال مقتضاه أن تكون جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، إذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر . وقد عينا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل . لانا نقول : إنما لم يثبت في الأقل لأن العلوق حيث من زوج آخر قبل النكاح . وأما في الزيادة فلا حتم حدوثه بعد الطلاق ، وهو متصف هنا لأنه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطا بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويثبت تقديره كذلك ، ولا ينبغي أن نفهم النسب فيها إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر في مدة يتصور أن يكون منه وهو ستان ، ولا موجب للصرف عنه ينافي الاحتياط في إثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيها إذا جاءت به لستة أشهر ويوم في غاية البعد ، فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر منهما ، وربما تمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال ، فأى احتياط في إثبات النسب إذا نفيته لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته ، ولت شرى أى الاحتمالين أبعد ؟ الاحتمال الذى فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يوطأها وسمع كلامهما الناس وهما على

(في حالة النكاح) فإن قيل : هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والإعلاق لأنه كما تزوج وقع الطلاق ، وبدون ذلك لا يثبت النسب ، ألا ترى أن نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لا يثبت ، لذلك أجاب بقوله والتصوري ثابت بأن يجعل كأنه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الإنزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق ، لأن الطلاق لا يقع إلا بعد تمام الشرط وزوال القراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصله قبل زوال القراش ضرورة فيثبت النسب . فإن قيل : هذا في غاية الندرة ، فكيف يبنى عليه الحكم ؟ أجاب بقوله (والنسب يحتاج في إثباته) يعنى وإن كان نادرا لكن النسب يحتاج في إثباته فيجب بناؤه على هذا النادر ، هذا إذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب لأن علوقه كان ثابتا على النكاح قبل ثبوت القراش فلا يكون منه ، وكذلك إن ولدت لأكثر منها لأنه حين طلق حكما بأنه لاعدة لما لأنها مطلقة قبل الدخول والخلوة ، ولم يبق بطلان هذا الحكم لاحتمال أنه علق من زوج آخر بعد الطلاق ، بخلاف ما إذا

(قوله وبدون ذلك لا يثبت النسب) أقول : أشار بقوله ذلك إلى الولد (قوله وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب إلى قوله : ولم يبق بطلان هذا الحكم إلخ) أقول : وأنت غير بأن تعيين وقت الطلاق وتعيينه من وقت النكاح سيما بعد شهرين وليس بينهما تحلل زمان ما

تلك الحالة ثم وافق الإنزال العقد ، أو اِحتمال كون الحمل إذا زاد على ستة أشهر يوم يكون من غيره ، ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لاحتياج إلى هذا التكلف بل قيام الفرائض كاف ، ولا يعتبر إمكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرق بمغربية . والحق أن التصور شرط ، ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه ، والتصوير ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنبا ، وأما لزوم المهر كاملا فلائنه لثبوت النسب منه جعل واطنا حكما فعليه المهر . وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطوه لأن الحمل قد يكون بإدخال الماء الفرج دون جماع فنادر ، والوجه الظاهر هو المعتاد . وفي النهاية وفي القياس وهو رواية أبي يوسف مهر ونصف ، أما النصف فللطلاق قبل الدخول ، وأما المهر فللدخول انتهى . وعبرة أبي يوسف في الأمالي على مانقله الفقيه أبو الليث : ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لأنه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول ، قال : إلا أن أبا حنيفة استحسنت وقال : لا يجب إلا مهر واحد لأنا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى . وهذه العبارة ليمتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف ، بل ظاهرة في نفيه ذلك لأن الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك . وإنما اشتبه وجوب الزيادة لأنها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ، ولا يحكم بذلك وإنما لم يثبت النسب لأن الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة ، بل يحكم بأنه مقارن له أو للنكاح ، فأقل الأمر كونه قبله أو لامتنبه ذلك وضمير به في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب . واعلم أنه إذا كان الأصح في ثبوت هذا النسب إمكان الدخول وتصوره ليس إلا بما ذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزويج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال مايطؤها عليه مهرا : مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزويج قبل تمامه ، ومهر بالنكاح لأن هذا أكثر من الخلوة ولا يصبر به حصنا مشكلا بخلافه لصريح المذهب ، وأيضا الفعل واحد ، وقد اتصف بشبهة الخل فيجب مهر واحد به ، بخلاف ما لو قال : إن تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لأن الطلاق قبل الوطء ، أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الخل وقد وجب المهر فلا يجب غيره . وفي شرح أبي اليسر قال : إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهما الحد ويجب مهر المثل ، وقالوا : يجب عليهما ، قال : قد كنت أفتيت بالجواب على الخالف وهو الظاهر

جاءت به لستة أشهر من وقت التزويج فقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق ، فبعد ذلك إما أن يكون منه أو من غيره ، فجعلنا العلوق منه احتياطا لأمر النسب ، إذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه إضاعة الولد وإبطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر وإحالة الولد إلى أبعد الأوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه ، وأما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح ، وفي رواية عن أبي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر ، أما النصف فللطلاق

يسر على صداق المولدين بل يتنزل غليظ (قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر الخ) أقول : فإنه كان مبنيا على النكاح ، فإذا بطل بطل

(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لستين أو أكثر ما لم تقرّ بانقضاء عدتها) لأحبال العاوق في حالة العدة لجواز أنها تكون ممتدة الطهر (وإن جاءت به لأقل من ستين بانت من زوجها بانقضاء العدة) وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة فلا يصير مراجعا لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالمشك (وإن جاءت به لأكثر من ستين كانت رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه

من مذهب أصحابنا ومن مال إليه لم يكن غلطاً ، ولو جاءت بولد وورثه منصوص عن أصحابنا وإن حرمت عليه بالثلاث فلم يبق بنكاح ولا عدة ، ولكن لما كان فصلاً عهدها فيه لم ينقطع التسبب قوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لستين أو أكثر (ولو عشرين سنة أو أكثر (ما لم تقرّ بانقضاء عدتها) فإن أقوت بانقضائها والمدة محتملة بأن تكون ستين يوماً على قول أبي حنيفة وتسعة وثلاثين يوماً على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فإنه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الإقرار فيظهر كذبها ، وكذا هذا في المطلقة البائدة والمتوفى عنها زوجها إذا أدعت بعد أربعة أشهر وعشر انقضائها ثم جاءت بولد فقام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وإن جاءت به لأقل منها ثبت نسبه منه . أما ثبوت نسب ولد الرجعية إذا جاءت به لأقل من ستين فظاهر ، وأما ثبوته إذا جاءت به لأكثر منهما فلاحبال العلوق في عدة الرجعي لانقضاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بأن امتد إلى ما قبل ستين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها فحلت ، وعن هذا حكمتنا بأنها إذا جاءت به لأكثر من ستين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة للمطلقة الرجعية ، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل من ستين لا تثبت رجعتها ، فإن العلوق يحتمل أنه كان في العصمة كما يحتمل أنه كان في العدة وإحالة الحادث إلى أقرب الأوقات إذا لم يعارضه ظاهر آخر ، والظاهر الوطء في العصمة لالعدة لأنه هو المعتاد ، وما قضت به العادة أرجح من إضافة الحادث إلى الزمن القريب مع مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة أيضاً فيها ، إذ معتاد الناس في الرجعة أن يراجعوا باللفظ . فإن قيل : هنا أحوال آخر وهو كونها

قبل الدخول وأما المهر فبالدخول . وقوله (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية) ظاهر . وقوله (ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالمشك) قيل عليه ينبئ أن يصير مراجعا لأن الوطء ههنا حلال فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات وهي حالة العدة فتثبت به الرجعة . وأجيب بأن في ذلك حل أمره على خلاف السنة لأنه يصير مراجعا لما بدون الإشهاد بالفعل ، وأحيل العلوق إلى ما قبل الطلاق صيانة لحاله ، وفيه نظر لأنه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالمشك ، وإنما يجب أن يقول لا يصير مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق . وقوله (لأن العلوق بعد الطلاق) إذ الولد لا يبيى في بطن أمه أكثر من ستين ، والظاهر أنه منه ولا لزوم إلّا أن ، وهو متبني حلالاً لما على الصلاح . قيل لا يلزم أنه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز أنها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجها آخر . لا يقال : الفرض فيها إذا لم تزوج . لأننا نقول : الفرض أنه لم يطأها في العدة ، إذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف . وأجيب بأنه نعم كذلك إلا أن الحكم بإبقاء نكاح الأول عند الاحتمال أسهل من الحكم

(قوله وفيه نظر لأنه لا يصح الخ) أقول : الظاهر أن حاصل كلام المحقق دفع التعارض بين مقتضى الإحالة إلى أقرب الأوقات وأبعدا فأورث التردد والملك ، فإن الإشهاد في المراجعة مستحب لتلايق التناكر ، وليس من السنن التي يصدق تأديتها حرمان الشفعة فلا يضمن به الإحالة إلى الأبعد فليأتمل (قوله لأننا نقول : الفرض أنه لم يطأها في العدة ، إذ لو وطئها لثبتت الرجعة الخ) أقول : الإردواج لا يكون إلا بشهود فيكون أمره معلوماً مقهوراً ، بخلاف الوطء لأنه لا يثبت ويترد فلا يعلم إلا بدليله فليأتمل .

منه لانتهاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا (والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من ستين) لأنه يحتمل أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا، فإن جاءت به تمام ستين من وقت الفرقة لم يثبت (لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لأن وطأها حرام . قال (لأن يدعيه)

تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر . قلنا : الفرض أنها لم تكن أقربت بانقضاء العدة ، وما لم تقر بذلك وما لم يظهر تزوجها فالظاهر أنها في العدة ولأن فيه إنشاء نكاح وإبقاء الأول أسهل وأخف (قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من ستين) لأنه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب (وإن جاءت به تمام ستين من وقت الفرقة لم يثبت) نسبة لتيقن العلوق بعد البيوتة ووطؤه بعد البيوتة حرام . قيل إن هذه الرواية مخالفة لرواية الإيضاح وشرح الطحاوي والأقطع ، والرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب أيضا وهي قوله وأكثر مدة الحمل سنتان فإن فيها ألحقت السنتان بأقل من الستين حتى إنهم أثبتوا النسب إذا جاءت به تمام ستين ، وإن لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات ، فأما قوله إن لفظ الحديث إلى آخره فليس بصحيح لأن حاصله أنه لا يمكن الولد في البطن أكثر من ستين ، وهذا لا يقتضي أنها إذا جاءت به تمام ستين من الطلاق أن يثبت نسبه إلا إذا كان العلوق حال قيام الفراش . والوجه أن يحمل على تقرير قاضيه خان المتقدم من أنه يجعل العلوق في حال الطلاق لأنه حينئذ قبل زوال الفراش (قوله إلا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق : أي لم يثبت في حال من الأحوال إلا في الحال التي هي دعواه لأنه التزمه ، وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة في العدة ، وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان . والأوجه أنه لا يشترط لأنه يمكن منه وقد ادعاه ولا معارض ، ولهذا لم يذكر الاشتراط في رواية الإمام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل ، وذلك ظاهري في ضعفها وغرابتها . واعترض بأن هذه مناقضة لما في كتاب الحدود من أن النسب لا يثبت من المابة بالوطء في العدة ، ونص في التبيين أن البيوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل ، وفيها لا يثبت النسب وإن ادعاه نص عليه في كتاب الحدود . وأجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال ، وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنائيات فيندفع التناقض ، وليس بشيء لأن المراد من المذكور هناك إذا لم يدع شبهة ، والمذكور هنا محمول على

إنشاء نكاح آخر فيجب القول به . قال في النهاية : وإلى هذا أشار فخر الإسلام في مبسوطه ، وفيه نظر لأنه غير داخِل بل هو التزام للسؤال . والصواب في الجواب أن المراد بقوله لانتهاء الزنا منها إلامه وهو تخصيص الولد ، فإن الزنا ما زوم تخصيص الولد فيكون ذكر المزوم وإرادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال ، لأننا إذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقي الولد ضامعا فكأنه قال لانتهاء التخصيص منها بالزنا أو بما هو في معناه . قال (والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه) إذا ولدت المبتوتة لأقل من ستين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا ، وإن ولدت تمام ستين من وقت الفرقة لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق وإلا لزاد أكثر مدة الحمل على ستين وهو باطل (فلا يكون منه لأن وطأها حرام) وقوله (إلا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت . : يعني أنه إن ادعاه يثبت النسب منه

(قوله وفيه نظر) قوله بل هو التزام للسؤال (أقول : لأن تمام الدليل احتياج إلى مقعة أجنبية (قال للصف : لأن وطأها حرام) أقول : والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب الحرام .

لأنه التزمه . وله وجه بأن وطنها بشبهة في العدة (فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

كونه وطأ بشبهة ، والمتعده عن ثلاث لا تكون أبعد من الأجنبية بالكلية ، والتسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمتعده فيجب الجمع مثلا بأن يقال : ينبغي أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل ، لأن المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب إذا وطئ المطلقة ثلاثا والبائنة بالطلاق على مال ، فجعل هذا حكما وطأ المطلقة ثلاثا إذا جاءت به مطلقا فيثبت عنده فيجب أن لا ينتقل عنه إلا إذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحمل ، والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه ، غير أن توجيه ذلك إمكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه أنه لا يشترط غير دعواه لأنه لم يشترط في الكتاب سواء . ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحمل ، ثم إذا لم يثبت نسبه فيها إذا جاءت به لأكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو رواية بشر عن أبي يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر . وقال أبو يوسف : لا تنقضي إلا بوضع الحمل وقد ذكرناه ، ولا يلزمها رد شيء . ولما أن الولد من غيره ، والظاهر أنه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة ، وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وحينئذ أخذت مالا تستحقه لأنها متقضية العدة فترده . وأبو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة . ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف اعتباره بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع . وعند محمد لا يثبت لأن الثاني من علوق حادث بعد الإبادة فينبغي الأول لأنهما تومنان . قبل هو الصواب . وليس ولد الجارية نظيره لأن الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه ، بخلاف الولد الثاني في المبتوتة . ولو خرج بعضه لأقل من سنتين وباقيه لأكثر من سنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لأقل من سنتين نصف بدنه ، أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البلدين لأقل والباقي لأكثر ، ذكره محمد . وفي شرح التكملة : تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها إن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، ولا يلزمه إن جاءت به لستة أشهر فصاعدا لأنه ولد النكاح في الأول ، وفي الثاني يضاف إلى ملك الميمن لأن وطأها حلال ولا يلزمه إلا بالدعوى ، ، ولا فرق بين أن تكون الطلقة بائنة أو رجعية : وإن طلقها ثنتين ثبت نسبه إلى سنتين لأن وطأها لا يحمل بملك الميمن فكان الولد من النكاح ، ولا يعني أن معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وأن لا يتصور وطؤها بملك الميمن . وأعلم أن ثبوت النسب فيها ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بأحد أمور : أن يكون هناك إما شهادة بالولادة ، أو اعتراف من الزوج بالحيل ، أو حيل ظاهر كما سيبيح عن قريب (قوله فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ) قيل هو مستترك لأن الحمل دليل أنه يجامع مثلها ومنه ليس بشيء ، لأنه إن كان باعتبار

وإن جاءت به لأكثر من سنتين ، ثم هل يحتاج فيه إلى تصديق المرأة فيه روايتان . وقوله (لأنه التزمه) أي التزم النسب عند دعواه (وله وجه شرعي بأن وطنها بشبهة في العدة) والنسب يحتاج إلى إثباته فيثبت (فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

(قال المصنف : فإن كانت المبتوتة صغيرة) أقول : وفي البيت لأقل منها وإلا لا لحوته إلا بأجماعه خلاص . وطء في العدة إلا في المطلقة .

وقال أبو يوسف : ثبت النسب منه إلى سنتين) لأنها معتدة بحتم أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة . ولما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف ، والإقرار يحتمله وإن كانت

أن الحمل يكون بلاجماع فلا شك أنه لا يكون إلا بالبلوغ ، ويعيد أن لا يحتمل البالغة الجماع . وحاصل المسئلة أن الصغيرة إذا طلقت فلما قبل الدخول أوبعده ، فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبة لثبتيه بقيامه قبل الطلاق ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يثبت لأن القرض أن لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق لتلزم العدة بناء على الحكم بالدخول بالحكم بالعلوق قبل الطلاق . وإن طلقها بعد الدخول ، فأما إن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر ، فإن أقرت ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبة ، وإن جاءت به لسته أشهر أو أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة بإقرارها ، وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها لثبتيه بكذبها ، وإن لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلًا فعند أبي حنيفة ومحمد إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبة وإلا فلا ، وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين في الطلاق البائن ، وإلى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال أنه وطئها في آخر عدتها الثلاثة الأشهر فعلقت سنتين ، وإن كانت ادعت حبلًا فهي كالكبيرة من حيث أنها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لاملطًا ، فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الإياس لجواز امتداد طهرها ووطئها لإيائها في آخر الطهر . وجه قول أبي يوسف أنها يحتمل كونها حاملا لغرض أنها في سن يجوز فيه بلوغها لأنه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء

وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه : ثبت منه النسب إلى سنتين لأنها معتدة بحتم أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة) وبيان الاحتمال ما قبل إن الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحمل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ، ويحتمل أنها حملت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر ، وإذا كان كذلك كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها إلى سنتين ، وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب لظهور بطلان إقرارها فصارت كأنها لم تقر بانقضائها يثبت النسب (ولها أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الأشهر) لأنها عرفناها صغيرة يقيين ، وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال) فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء أقرت به أو لم تقر (وهو) أي حكم الشرع في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله ، فلوأقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لسته أشهر لم يثبت النسب ، فكذلك إذا حكم الشرع بالمضي . وأعرض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فإن لانقضاء عدتها جهة متعينة ، وهي مضي أربعة أشهر وعشر مالم يكن الحمل ظاهرا ، ثم هناك يثبت النسب إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة ، ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك . والجواب سيأتي عند قوله إلا أنا نقول : لانقضاء عدتها جهة أخرى (وإن كانت)

للثا والخضعة لإذ لا شبهة في العمل ، كلما في لطائف الإشارات لابن قاضي سادة تأمل في هذه العبارة فلنراها غير ما ذكره المصنف (قوله وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت بالبع) أقول : فيه شيء ، بل الظاهر أن يقول إنما قال ولم تقر لأنها لو أقرت بانقضاء العدة بالأشهر ثم جاءت بولد لسته أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق (قال المصنف : ولها أن لانقضاء عدتها جهة متعينة) أقول : بخلاف الكبيرة فإن لانقضاء عدتها جهة أخرى كما سيبي .

مطلقة طلاقا رجعيا فكنك الجواب عندهما ، وعنده ثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتي لأكثر مدة الحمل وهو ستان ، وإن كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء ، لأن بإقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين وفاة وبين الستين) وقال زفر : إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لسته أشهر لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهر لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أننا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل ليست يحمل قبل البلوغ وفيه شك (وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه) لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار (وإن جاءت به لسته أشهر لم يثبت) لأننا لم نعلم ببطان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده .

عدتها فأشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتي به إلى ستين . واعلم أن قياس ما قدمه في الكبيرة المبنية من أنها إذا جاءت به تمام ستين لا يثبت أن يقول إلى أقل من ستين هنا . وجه قولها وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق لإقرارها بالانقضاء لأنه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة . بخلاف إقرارها ، فغاية الأمر أن يجعل انقضائها بمنزلة إقرارها ، ولو أقرت بالانقضاء بعد الأشهر الثلاثة ثم جاءت به لأكثر من ستة أشهر أولسته أشهر لا يثبت فكنك هنا ، فإزم أن لا يثبت حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر . أما إذا كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة لأن بإقرارها بالحمل حكم ببلوغها (قوله وثبت نسب ولد المتوفى عنها ما بين وفاة وزوجها وبين ستين وقال زفر : إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه) ولسته أشهر لا يثبت فوجه كوجهها في الصغيرة وهو أن لعدتها جهة واحدة هي انقضاء أربعة أشهر وعشر ، فإذا لم تقر قبلها بالحمل فقد حكم الشرع بانقضائها بها ، فإذا جاءت بالولد بعدها تمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه ، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل على ما عرف ويمنع تعيين الجهة الواحدة في حقها بل لها كل من الجهتين ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل فتستمر ما لم تعترف بالحمل (قوله وإذا اعترفت) ظاهر وتقدمت غير مرة ، وإنما لم يثبت إذا أتت به لأكثر من

الصغيرة) مطلقة طلاقا رجعيا فكنك الجواب عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد : يعني إن ولدت لأقل من تسعة أشهر ثبت النسب وإلا فلا (وعند أبي يوسف يثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي : ثلاثة أشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو ستان ، وإن كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها في الكبيرة سواء) لأنها أحرف بأمر عدتها فيحكم بإقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لأقل من ستين في الطلاق البائن ولأقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي . وقوله (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها) ظاهر . وقوله (إلا أننا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى) بحاصله أن في كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الأصل ، ولكن الأصل في الموضوعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي يبنى عليه أيضا ، وذلك لأن الأصل في الكبيرة الإجماع فلم يعتبر في حقها تعيين جهة العدة بالأشهر ، والأصل في الصغيرة عدم الإجماع فلذلك اعتبرنا في حقها تعيين جهة العدة بالأشهر . لا يقال : الأصل في الكبيرة أيضا عدم الإجماع . لأننا نقول : ذلك في حق غير المنكوحة ، فأما النكاح فلا يعقد إلا بالإجماع . وقوله (وفيه) أي في البلوغ (شك) والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك (وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد) ظاهر .

وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة (وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة . وقال أبو يوسف ومحمد : يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لأن الفرائض قائم بقيام العدة

سنة أشهر من وقت الإقرار ، وإن كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لأبهن أمينات شرعا في إخبارهن عن علسن ، فلذا أخبرن لزم إلى أن يتحقق الخلاف قطعا . وقوله وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق و وفاة ، ومما يشمل أيضا الآية إذا ولدت بعد الرجعي أو البائن فهي كدوات الأقراء يثبت نسب ما تأتي به إلى أقل من سنتين في البائن وأكثر منها في الرجعي مالم تقر بانقضاء العدة ، فإن أقوت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإلا فلا ، لأن مطلق إقرارها يحمل على الأقراء لما بطل اليأس . وهذا المنصوص عليه في فتاوى قاضيخان أن الآية تعتد بالأشهر ، وإذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين سواء أقوت بانقضائها العدة أو لم تقر ، وكذا نقل عن المرغيناني قوله وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان) أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة ، وإطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الإسلام بهريان الخلاف في الرجعي ، وشمس الأئمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائنا فقال : لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقا بائنا ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان ، ونحوه فعل صاحب المختلف حيث قال : شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا بمؤيد إلى قوله حتى أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره . واتفقوا على قيد إنكار الزوج ، وكذا لو وقع إنكار الولادة والحبل من الورثة ، فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك ، ويشترط لفظ الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لأنها موجبة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد . وقوله في جميع ذلك : أي فيما إذا كان حبل ظاهر أولا أو اعتراف من الزوج أولا وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما ؟ قيل نعم ، ولا

وقوله (وهذا اللفظ) إشارة إلى قوله فإذا اعترفت المعتدة (بإطلاقه) حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى (يتناول كل معتدة) يعني كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بالأشهر أو بالحيس . قيل ذكر المرغيناني وقاضيخان أن الآية لو أقوت بانقضائها عدتها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة إلا أن يؤك كل معتدة غير الآية ، وهذا مخالف لما نقل عن الإمام فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير أن الآية إذا أقوت بانقضائها العدة مفسرة بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب وإلا فلا . قال (وإذا ولدت المعتدة ولدا) إذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكرو الزوج لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة مالم يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة ، وقالا : يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لأن الفرائض وهو تعين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة

(قوله وإذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكرو الزوج لم يثبت نسبه الخ) أقول : وكذا معتدة الوفاة . ثم إن إنكار الورثة كإنكار الزوج .

وهو ملزم بالنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيعتين بشهادتها كما في حال قيام النكاح . ولأى حنفية أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل . والمنقضى ليس بحجة فست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة ، بخلاف ما إذا كان ظهر الحمل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها (فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقتها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا) وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم ، أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم . قالوا : إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة ، وقيل لا تشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم ، وما ثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط

يفسق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان . وفي جامع قاضيخان : وعلى هذا الخلاف كل مالم يطلع عليه الرجال وأجمع علمائنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح ، وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش . وإذا تقرر أن النكاح بعد الرجعى قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبان كما نقله شمس الأئمة ، ويكون الرجعى كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه ، والخلاف إنما هو بعد الموت وبالطلاق البائن ويقولهما قال أحمد . وعند الشافعي يشترط أربع نساء عدول . وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان . وجه قولهما أن الفراش قائم بقيام العدة (وهو) أى الفراش (ملزم للنسب) فيما تأنى به كما قبل الطلاق (والحاجة

(وهو) أى قيام الفراش (ملزم للنسب) فلا حاجة إلى إثباته (و) إنما (الحاجة إلى تعيين الولد) وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح أو بظهور الحمل أو إقرار الزوج ، ولأى حنفية القول بالموجب : يعنى سلمنا أن الفراش يكون قائماً بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة (لأنها تنقضى بإقرارها بوضع الحمل والمنقضى لا يصلح حجة فست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة ، بخلاف ما إذا كان النكاح قائماً أو الحمل ظاهراً أو الاعتراف به من الزوج صادراً لأن النسب إذ ذاك ثابت قبل الولادة) فلا يحتاج إلى إثباته ، وإنما الحاجة إلى التعيين ، وذلك (يثبت بشهادتها) قيل لا يحل نظر الرجل إلى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال ؟ وأجيب بأن النظر لا يلزم ، بل إذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون أن ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كنى لجواز أداء الشهادة ، وإذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقتها أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين أو رجلاً وامرأتين منهم (فهو ابنه في قولهم جميعا) وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم (أما في حق النسب) بالنسبة إلى غيرهم (فهل يثبت أولاً ؟ قالوا : إذا كانوا من أهل الشهادة) كما ذكرنا وهم عدول (يثبت لقيام الحجة) ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة ، وقيل لا يشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم لإقرارهم ، وما يثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط كالعدم مع المولى والجندي مع السلطان في حق الإقامة

(قوله لأن النسب إذ ذاك ثابت) أقول : هذا قاصر ، والأول أن يضم إلى هذا قولنا أو الفراش قائم ليم صورة قيام النكاح (قوله أى أقر به جميع الورثة ، أو جماعة منهم يقطع الحكم الخ) أقول : الظاهر أن لا يقيد الورثة هنا بهذا القيد ، فإنه إذا كان المصدق رجلاً واحداً وامرأة واحدة ثبت نسب في حق الإرث وموضع التقييد محيى في كلام المصنف (قال المصنف : فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقتها الورثة) أقول : أى أقرها ويصدق لذلك قول المصنف بإقرارهم (قال المصنف : فهو ابنه الخ) أقول : الظاهر أنه ولده .

(وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لأن العلوق سابق على

إلى (شهادة المرأة) (لعمري الولد) فيعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المصنف على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفرائض (وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل) فصارت أجنبية، والفرائض المنقضية ليس بحجة ليصلح مؤيدا للحجة الضعيفة: أعني شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات النسب ابتداء، وذلك بحكم النصاب على ولادتها المتصلة بفراشيتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها في وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعا، بخلاف ما إذا كان الحمل ظاهرا قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفرائض قائما وقت دعواها الولادة، لأن النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن، وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا، وكلما قيام الفرائض يؤيد شهادة القابلة به، وقولها لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بمحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدت، وفيما إذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا، وبهذا يندفع ما قد أورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل. والحاصل أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفي للإثبات أو لا بد أن تتأيد بمؤيد فالوجه أن يجعل الاستدلال عليه. ولهما فيه قوله صلى الله عليه وسلم «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس. وأما الوجه الذي ذكره فتاواه بإلغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفرائض وهو يدفعه بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونيه ويبقى عليه إطلاق الحديث، والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مراسلا: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن. وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك، وهذا حجة لأنه مرسل. ولأنما قلنا إنه مرسل لأن قول الراوي مضت السنة إنما يكون حكمه الرفع إذا كان مصحيا وهو هنا ليس مصحيا، وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي واثل عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة، وإن كان بين ابن عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني فقد تغافرا وقوى ما هو حجة به، ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصديقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعا، وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه، أما في حق ثبوت النسب من الميت ليطهر في حق الناس كافة. قالوا: إذا كانوا أي الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم علوق ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين ويطالب غريم الميت بدينه، وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة: أي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة. وقيل لا يشترط. هو الصحيح، لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم، ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت أصالة، وعلى هذا قلنا لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم، والله أعلم (قوله وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح، وإن جاءت به لاكثر منها ثبت، ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكث، وكذا إذا جاءت به لتأم الستة بلا

(قوله وإذا تزوج الرجل امرأة) ظاهر

قال المصنف (وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها) أقول: لفظ يوم مستغنى عنه.

النكاح فلا يكون منه (وإن جاءت به لسته أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت) لأن الفرائش قائم والمدة تامة (فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج بلاعن) لأن النسب يثبت بالفرائش القائم ، واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه (فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه) لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح

زيادة لاحتمال أنه تزوجها وأطنا لها فوافق الإنزال النكاح ، والنسب يحتاج إلى إثباته ، وهذا من المصنف خلاف ما تقدم من المبتوتة حيث نفي نسب ما أثبت به تمام ستين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الإنزال الطلاق . وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لانهاك لحمل أمرها على الصلاح ، إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فتروجت وهي في العدة ، وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبة لصادف إليها لجواز كون عدتها انقضت وتزوجت بزواج آخر فعلمت منه . وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لأن معنى السؤال وجد مقتضى وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما يثبت هنا ، وأنت علمت أن الوجه أن ثبوت النسب فيه لوجود مقتضى وهو الإمكان مع الاحتياط (قوله فإن جحد الولادة) يعني فيما إذا جاءت به لسته أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا ، أما عندهما فظاهر ، وعنده لتأييدها بقيام الفرائش ، حتى لو نفاه بعد شهادتها بلاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد ، والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا ، وأيضا يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان ، بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لابن الولد من حيث هو نفيه فإنه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه ، وإن اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي (قوله وإن ولدت ثم اختلفا ، فقال تزوجتك لأربعة أشهر وقالت لسته أشهر فالقول لها لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج

(قوله واللعان إنما يجب بالقذف) جواب عما يقال اللعان ههنا إنما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة ، وهو لا يجوز لأن اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء . ووجهه أن اللعان يجب بالقذف والقذف موجود ، لأن قوله ليس منى قذف لها بالزنا معنى ، والقذف لا يستلزم وجود الولد فإنه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وإنما أضيف اللعان إلى القذف مجردا عنه (فإن ولدت) المرأة (ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح) . واعتراض بوجهين : أحدهما أن المرأة تسند العلوق إلى زمان سابق والزواج ينكرو فيكون القول قوله ، والثاني أن الظاهر شاهد له أيضا لأن النكاح خادع والأصل في الحوادث أن تضاهى إلى أقرب الأوقات . وأجيب عن الأول بأنه معارض بأن الزوج يدعى إسناد العلوق إلى زمان يسبق النكاح وهي تنكر

(قال المصنف : واللعان إنما يجب بالقذف) أقول : القذف الثابت في ضمن نفي الولد لابن الولد من حيث هو نفيه (قال المصنف : فإنه يصح بدونه) أقول : وإن اتفق هنا وقوعه في ضمنه (قال المصنف : لأن الظاهر يفيد لها) . أقول : وإنما لم يقل لأنها تسمى معة النكاح لأنها إذا كانت حبل من الزنا يصح النكاح في الصحيح (قوله واعتراض بوجهين : أحدهما أن المرأة تلج) أقول : هذا الاعتراض معارضة ، والثاني معارضة أيضا ، ثم قوله إن المرأة تسند العلوق ، يعني تسند العلوق من الزوج (قوله وأجيب عن الأول بأنه معارض إلج) أقول : يعني

ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وإن قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد: تطلق) لأن شهادتها حجة في ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه » ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيها بيتي عليها وهو الطلاق ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بجملة تامة ، وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في

تزوجت بهذا الزوج في عدته ، وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات ، لأنه إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى أنه يثبت بالإجماع مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات ، مع أن ظاهرها متأكد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد إن كان الولد من زوج أو حبل من زنا وإن صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفي لأنه لا يلزم منه تزوجها حاملا بثبت النسب ليكون إقرارا بالفاسد كما إذا تزوجها بلا شهود لحوازه وهي حامل من زنا فإنه صحيح على الصحيح ، ولأن الشرع كلبه حيث أثبت النسب ، والشرع إذا كذب الإقرار بيطل (قوله ولم يذكر) أي محمد (الاستحلاف) أي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الأشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لاستحلف لأن الخلاف واقع في النكاح والنسب (قوله ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة

فيكون القول قوطا ، وعن الثاني بأن النسب مما يحتاج في إثباته ، فإذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها يتأكد بظاهر حاله من حيث إنه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فإن نكاح الحبل فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ؟ ينبغي أن لا تحرم . فإن قيل : يجب أن تحرم لأن هذا إقرار منه بزوجه وهي حبل فعصار كما إذا ادعى أنه تزوجها بغير شهود . أجيب بالفرق بينهما من وجهين : أحدهما أن النكاح بغير شهود فاسد لأعماله ونكاح الحبل ليس كذلك لحوازه أن يكون الحمل من الزنا . والثاني أنه وإن أقر بالحرم إلا أن الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه والإقرار إذا قابله تكذيب من جهة الشرع بيطل . وقوله (ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف) يعني الاختلاف المذكور في الأشياء الستة . وقوله (وإذا قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق) ظاهر . وقوله (فيما بيتي عليها وهو الطلاق) يعني أن الطلاق حكم متعلق بالولادة ، وشهادة القابلة حجة في إثبات الولادة فكل ذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكمن شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (ولأبي حنيفة أن دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها ، وإنما دعواها حثته في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت إلا بجملة كاملة . سلمنا أن دعواها الطلاق لكن لا يمكن إثباتها بشهادتها ضمنا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفلك عنها . ولقائل أن يقول : كلامنا

فيقول دليلنا سلمنا عن المعارض (قوله ترجع المثبت) أقول : أي حيث النسب (قوله فإن نكاح الحبل فاسد) أقول : إن كان من النكاح بالإجماع ، وإن كان من الزنا فمتى بعض أمتهما كما سبق لكنه صحيح في الصحيح في التأييد مالا ينفي (قوله فإن قيل ويجب إلغ) أقول : معارضة ، وكان الأول أن يأتي بدليل عدم التحريم أولا (قوله وإنما دعواها حثته إلغ) أقول : أنها يقولان أيضا إنها تدعى الحنث والشهادة بيمينته كما يعلم من تعليلهما المسألة الثانية ، فمقتضى ينبغي أن يقرر كلام الإمام بغير سابقه إلغ الفاسد ، ولا يحمل كلامه على تعليلين (قوله والحنث ليس من ضرورات الولادة) أقول : مطلقا لأن هذا البيان ، والأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثاني ممنوع (قوله فلا تظهر في حق الطلاق)

حق الطلاق لأنه ينفك عنها وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلق من غير شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشتط (شهادة القابلة) لأنه لا بد من حجة لدعواها الحنث، وشهادتها حجة فيه على ما بينا. وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفرض إليه وهو الولادة، ولأنه أقر بكونها مؤمنة فيقبل قولها في رد الأمانة

والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقر هو به (لم تطلق عند أبي حنيفة) ولكن ثبتت النسب. وقالوا تطلق أيضا لأن شهادتها حجة في ذلك أي في ثبوت ولادتها للحديث السابق، وإذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيها يبقى عليها وهو الطلاق المعلق به، وبهذا التقرير يتبين أن قوله ولأنها لما قبلت في الولادة إلى آخره ليس وجهها آخر بل هو تمام الوجه الأول وصارت كثيوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة في إذا قال إن كان بأمرى هذه حل فهو منى فولدت بعد هذا القول لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها فشهدت بها امرأة، وكثيوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيها إذا جاءت زوجة بولد فقال ليس منى ولا أخرى أولدته أم لا فشهدت بالولادة امرأة فإنه يجب اللعان إلا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محبوسا فيعد بالقذف. ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة، وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك إلا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد، ولأنه حكمه اللازم شرعا، أما اللعان فإنه ثبت بالقذف وإن اتفق أنه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم. وأما وقوع الطلاق والعنف فليس حكما مخصصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فأخبره مسلم أنه ذئبية مجوسى قبل في الحرمة ولا يثبت تمجس الذابح، وكقوله إذا حضت فأنت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مترنان. ويمكن جعل هذا إشكالا على أبي حنيفة فإن طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحبسه بل لازمه الشرعى حرمة قربانها فقد ثبت بقولها لازمه الشرعى ولازمه الجمل المتفك وهو حنثه وسيأتى الفرق، ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة، وعندهما بشرط شهادة القابلة لأنه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه (وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفرض إليه وهو الولادة) العلم بأن الحبل ولد بعده، ولأنه أقر بأنها مؤمنة في إخبارها بالولادة حيث أقر بأنها حامل فيقبل قولها في رد الأمانة كما إذا علق بحبسه فقالت حضت، فإذا ظهر الفرق الدافع للإشكال المذكور وهو أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما يحبسها ويولدها بعد الإقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاما لتصديقها عند إخبارها به واعترافا بأنها مؤمنة

في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشئ لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشئ إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله (وإن كان الزوج قد أقر بالحبل) يعني إذ أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فإن الطلاق يقع عند أبي حنيفة خلافا لهما، وعلى هذا الاختلاف إذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق. لهما أنها إذا ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا في المسئلة الأولى (وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفرض إليه الحبل وهو الولادة) ولأن إقراره بحبلها إقرار بكونها مؤمنة والقول قول المؤمن في دعوى رد الأمانة، وهذا يرشدك إلى أن وجود الشرط إنما يستلزم وجود الجزاء عندة إذا كان وجود الشرط بدليل يمكن أن يكون دليلا على الجزاء عند انقراضه عن الشرط، والإقرار كذلك، بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الأولى فتلجم منه جواب الاعتراض هناك.

بل تظهر في حق النصيبات المختصة (قوله وقالوا أن يقول كلانا، إلى قوله: الشئ إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه) أقول: لشرع ولاية قد يثبت أمرا في حق بعض الأشياء ولا يثبتها في حق بعضها، وله نظائر لأخصى (قوله قطع به جواب الاعتراض هناك) أقول: أشار إلى ما تقدم ثمانية أسطر تخميننا وهو قوله وقالوا أن يقول كلانا في الطلاق للملك.

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها : الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل (وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - ثم قال - وفصاله فى عامين - فبقى للحمل ستة أشهر

فيه . وإن لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحملها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند إنكاره إلى الحجة (قوله وأكثر مدة الحمل سنتان) وعند الشافعى ومالك أربع سنين ، وعن الليث ثلاث سنين ، وعن الزهرى سبع سنين . واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضى الله عنها : الولد لا يبقى فى البطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل . أخرج الدارقطنى والبيهقى فى سننهما من طريق ابن المبارك: حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها قالت : ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل . وفى لفظ قالت : لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث . وأخرج الدارقطنى ومن جهته البيهقى عن الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس أى حديث عن عائشة أنها قالت : لا تزيد المرأة فى حملها على سنتين قدر ظل مغزل ، فقال : سبىحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صديق وزوجها رجل صديق حملت ثلاثة أبطن فى اثنى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين . ولا يخفى أن قول عائشة رضى الله عنها بما لا يعرف إلا سماعا ، وهو مقدم على المحكى عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحة نسبه إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ ، بخلاف الحكاية فإنها بعد صحة نسبها إلى مالك والمرأة يحتمل خطأها ، فإن غايبة الأمر أن يكون انقطاع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد ، وهذا ليس يقطع فى أن الأربعة بناتها كانت حاملات بها لجواز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حملت ، ووجود الحركة مثلا فى البطن لو وجد ليس قاطعا فى الحمل لجواز كونه غير الولد ، ولقد أخبرنا عن امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وإدراك الطلق فعين جلست القابلة تحبها أخذت فى الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئا فشيئا إلى أن انضمر بطنها وقامت عن قابليها عن غير ولادة . وبالحملة مثل هذه الحكايات ليعارض الروايات . وما روى أن عمر رضى الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التى غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم بزوجها ، فقال له معاذ إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها ، فركها حتى ولدت ولدا قد نبئت ثلثناه يشبه أباه ، فلما رآه الرجل قال : ولدى ورب الكعبة ، فإنما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسب (قوله وأقله ستة أشهر) ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - مع تفسير الفصال فى الآية الأخرى بكونه

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضى الله عنها : الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل : أى بقدر ظل مغزل حال الدوران ، والغرض تقليل المدة ، فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال . ورواية الميسوط والإيضاح وبعض نسخ الكتاب . ولو بفلكة مغزل : أى ولو بدور فلكة مغزل والمعنى هو ما فى الرواية الأخرى ، والظاهر أن عائشة قالت سماعا لأن العقل لا يهتدى إلى معرفة المقادير ، وإنما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه (وأقله ستة أشهر لقوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - ثم قال - وفصاله فى عامين - فبقى للحمل ستة أشهر) وهذا تأويل أخرجه ابن عباس ، ذكره فى الميسوط فقال روى أن رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لسته أشهر ، فهم عثمان بزوجها فقال ابن عباس : أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لحصمتكم ، قال الله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال تعالى - وفصاله فى عامين -

والشافعي يقدر الأكثر بأربع سنين، والحجة عليه ما روينا، والظاهر أنها قالته ساعا إذ العقل لا يبتدى إليه (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه)

في عامين فيلزم كون الفاضل للحمل ستة أشهر. وأورد عليه أنه مخالف لما قرره لأبي حنيفة في الرضاع من أن هذه المدة مضروبة بينهما لكل من الحمل والفصال، غير أن المنقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة. قلنا: قدمنا هناك أنه غير صحيح لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين في إطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إضافتين فلهذا رجع إلى الصحيح. وأجيب بأن هذا تأويل ابن عباس رضي الله عنهما ذكره هنا وموضح الاستدلال في الحقيقة مورده لاهو فتقل بعرضه لبنه به عليه. وهو ما روي أن رجلا تزوج امرأة فولدت لسته أشهر فهم عثمان برجمها، فقال ابن عباس رضي الله عنهما: أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى نصصتكم قال الله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - وفصاله في عامين - فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فلما عُثِنَ رضي الله عنه الحد عنها. فالتمسك بدمه عُثِنَ مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعا، وهذا صحيح في نفسه ومفيد لقطعية إرادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لاضافتهم على محته حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو يظل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المصنف (قوله ومن تزوج أمة فطلقها) أي بعد الدخول واحدة بائة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تهرق بانقضاء عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه: أي ثبت نسبه منه، ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه. وقيدنا ببعد الدخول وواحدة، لأنه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن نجى به لأقل من ستة أشهر منذ فارقتها لأنه لا عدة لها أو بعده والطلاق ثلثان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف (قوله وإلا) أي وإن أن نجى به لأقل بل تمام ستة أشهر أو

فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر، فلما عُثِنَ الحد عنها وأثبت النسب من الزوج. قال صاحب النهاية: وهذا التقرير الذي ذكر هنا في تأويل الآية مخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب، لأنه جعل هناك ثلاثين شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال، ثم أظهر المنقص في حق الحمل وهما جعلها مدتهما جميعا ثم أصاب منهما الفصال عامان بقوله تعالى - وفصاله في عامين - ومن ضرورته أن يبق للحمل ستة أشهر. وأجيب بأن استدلاله هناك إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى وهما بالنظر إليها وإلى الأخرى، وجاز أن تكون الآية نظرا إلى ذاتها مفيدة لحكم، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل. (وقال الشافعي: يقدر الأكثر بأربع سنين) واحتج على ذلك بحكايات مثل محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن حبة بن أبي بطن أمه أربع سنين، وكذلك هرم بن حيان فسمى هوما لذلك، والضحاك بن مزاحم هكذا فسمى ضحاكاً لأنه ضحك حين ولد وغيرهم (والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضي الله عنها، والظاهر أنها قالته ساعا إذ العقل لا يبتدى إليه) أي إلى مقدار مدة ما في الرحم. وقوله (ومن تزوج أمة فطلقها) يعني بعد الدخول (ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا فلا

(قوله إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى) أقول: يعني قوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - (قوله وهما بالنظر إليها وإلى الأخرى) أقول: يعني قوله تعالى - وفصاله في عامين - (قوله ويجاز أن تكون الآية نظرا إلى ذاتها مفيدة لحكم، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل) أقول: تأملنا فلم نصلح لنا اندفاع المخالفة، فإنه جعل هناك المدة المذكورة في الآية للكرمة مضروبة بمجموع الحمل والفصال أمراً مقرواً، ثم عد إلى الآية الأخرى فبين ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل، ثم لا يمكن أن يراد بكلام واحد متينان متقابلان في إطلاق واحد كما لا يخفى (قال المصنف: ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم التز)

لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلق سابق على الشراء ، وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة ، وهذا إذا كان الطلاق واحدا باثنا أو خلعاً أو رجعيًا ، أما إذا كان اثنتين ثبتت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حُرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلق إلا إلى ما قبله ، لأنها لا تحل بالشراء

أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه إلا أن يدعيه (قوله لأنه في الوجه الأول) وهو ما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ولد المعتدة للثبوت بكون العلق سابقاً على الشراء ، وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة . وفي الوجه الثاني وهو ما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة ، وهذا لأن الطلاق إذا كان واحداً حلّ له وطؤها بعد الشراء إذا لا يظهر عدتها في حقه لأنها معتدته ، والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضي بالعلوق من أقرب الأوقات لأن فيما زاد عليه شكاً وأقرب الأوقات ستة أشهر ، واعتبارها في الأول يوجب أنه ولد المعتدة . وفي الوجه الثاني يوجب أنه ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة ، بخلاف ما لو كان الطلاق اثنتين حيث يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لأن به تحرم الأمة حرمة غليظة فلا يحلها الشراء لأن حل المحرمة حرمة غليظة مغنية بكناح زوج آخر على ما عرف فتعلم القضاء بالعلوق من أقرب الأوقات لأنه قضاء عليها بالوطء إخراجاً فقتضينا بالعلوق من أبعد الأوقات وهو ما قبل الطلاق حملاً لأمرها على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكحة فثبتت نسب ولدها بلا دعوة ، ثم إذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد

لأنه في الوجه الأول (يعني إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر) ولد المعتدة فإن العلق سابق على الشراء) لأنها ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء ، ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام القرائن حكماً (وفي الوجه الثاني) يعني ما إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء (ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات) وأقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت إلا بالدعوة . قال المصنف (هذا إذا كان الطلاق واحداً باثنا أو خلعاً أو رجعيًا ، أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حُرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلق إلا إلى ما قبله لأنها لا تحل بالشراء) لأن الأمة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين ، وإذا لم تحل لا يقضي بالعلوق من أقرب الأوقات بل من أبعدهما حملاً لأمر المسلمين على الصلاح ، وأبعد الأزمان هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ، وأما إذا كان الطلاق واحداً فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات ، فحينئذ كان ولد الأمة فلا يثبت نسبه بغير دعوة . فإن قيل : وجب أن تنكشف المحرمة بملك اليمين وإن كانت المحرمة غليظة تمسكاً بقوله تعالى - والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم - أجيب بأنه وجب أن لا تنكشف تمسكاً بقوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره - والطلق الثانية في الإمام بمنزلة الطلاق الثالثة في الحرائر والمهرم أقوى .

أقول : لفظ يوم مستقضى منه (قال المصنف : أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق) أقول : قال الإجماع فيه إجماع لأنه زعموا أن طلاقاً إذا كان واحداً باثنا لا يثبت النسب فيه إلى سنتين ، وليس كذلك لأن النسب في البائن يثبت إلى سنتين من وقت الطلاق وإن لم يدع له . ولا يثبت طلاقاً أن المراد هو أن المتجرى في الطلاق البائن وقت الشراء ، فإنه إذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فباعت بولده يحكم له ، وإن جاءت تمامها لا يحكم وإن مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر ، وأما إذا كان الطلاق اثنتين فالمتجرى مضى المدة من وقت الطلاق لا من وقت الشراء فليحتمل فإن ذلك يفهم من كلام المصنف .

(ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو منى فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده) لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، وثبتت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع (ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه

المعتدة فيلزمه وإن جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء . وإن كانت بائنا ثبت إلى أقل من سنتين بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء . واعلم أن ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق ، يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا . ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم أعقها فولدت لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب إلا أن يدعيه الزوج ، لأن النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء إلا بدعوة والعق مازادها إلا بعدا منه . وعند محمد يثبت النسب إلى سنتين بلا دعوى من يوم الشراء لأنه بالشراء بطل النكاح ووجب العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك وبالعتق ظهرت . وحكم معتدة عن بائنا لم تقر بأقضاء عدتها ذلك . ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر لزمه للعلم بشبوته قبل الشراء وإن كان لأكثر من سنتين من العقد . وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لأكثر من ستة أشهر مذ باعها ، فعند أبي يوسف لا يثبت النسب وإن ادعاه إلا بتصديق المشتري لما مر أن النكاح بطل ، وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق إلا أنه هنا لا يثبت بلا دعوة لأن العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا . ولو أسلمت كناية تحت مسلم ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإسلام فغناه لاعتن ويقطع نسب الولد منه ، وإن احتمل علوقه قبل الإسلام وهو باعتباره لالغان لكن العلوق حادث ، والأصل في الحوادث ما قلنا . وكذا حرمت أمه أعقها مولاه فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق فغناه الزوج لاعتن وإن احتمل العلوق قبل الإعتاق . فإن قيل ما ذكرتم ينقص بمسائل : إحداها ما لو قال لامرأته إحدا كما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت إحداها لأكثر من ستة أشهر من وقت الإيجاب ولأقل من سنتين منه فالإيجاب على إيهامه ولا تتمتع ضربها بالطلاق ذكره في الزيارات . وثانيها ما لو قال لها إذا حملت فأنت طالق فولدت لأقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق ، فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل . وثالثها المطلقة الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ، ولو كانت الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات ثبتت هذه الأحكام : أعنى البيان والطلاق والرجعة . قلنا : الحوادث إنما تضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم تتضمن إبطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى ، أما إذا تضمنت فلا ، ففي عورتك على ما قلنا ثم استقرت المسائل وجدت الأمر عليه ، في ثبوت الطلاق في صورتين الأوليين إبطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين ، وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول (قوله فهي أم ولده) بالإجماع لأن سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة ، والحاجة إلى

(ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو منى فشهدت امرأة على الولادة فهي أم ولده) لأن سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو منى وإنما الحاجة إلى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالإجماع ، هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، فإن ولدت لستة أشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال أنها حملت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيها هذا الولد بخلاف الأول فإننا قيقنا ثمة بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى . وقوله (ومن قال لغلام هو ابني) واضح . واعترض بأنه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الاستحسان

يرثانه) وفي النواذر جعل هذا جواب الاستحسان ، والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك العين ، فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح . وجه الاستحسان أن المسئلة فيها إذا كانت معروفة بالحرية ويكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك . وضعا وعادة (ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها) لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث ، والله أعلم .

تعيين الولد وشهادة القابلة حجة في ذلك بالإجماع : أي باتفاق أصحابنا ، هذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولو ولدته لسته أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد . بخلاف الأول لثبوتنا بقيامه في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى (قوله يرثانه الخ) فلان قيل : ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الإرث . قلنا : النكاح غير متنوع إلى ما هو سبب استحقاق الإرث وما ليس كذلك بل هو مازوم لاستحقاقه ، وإذا ثبت الشيء ثبت بلازمه الشرعي وإن لم يكن لازما بخلاف نكاح الأمة والكثائية (قوله وجه الاستحسان أن المسئلة مفروضة فيها إذا كانت معروفة بحرية الأصل وأنها أم الولد) وإذا ثبت كونها حرة هي أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لأنه الموضوع لحصول الأولاد دون القاسد والوطء شبهة فهما احتمالا لأن لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي ، وكذا احتمالا كونه طلقها في صحتها واقضت عنها لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله (قوله فلا ميراث لها) قال الفهرتاشي : ولكن لها مهر المثل لأنهم أقرروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم (قوله لا في استحقاق الإرث) فلا يقضى به كالمفقود يحمل جيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة إلى غيره حتى لا يرث مفقود من أحد .

أيضا لأن هذا النكاح يثبت له اقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الإرث . وأجيب بأن النكاح هل ما هو الأصل ليس بمتنوع إلى نكاح هو سبب لاستحقاق الإرث ونكاح ليس بسبب له ، فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه حتى لا تنفك عنه شرعا ، وإنما قال على ما هو الأصل لئلا يرد نكاح الكثائية والأمة لأنه من العوارض . ورد بأننا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لأن مقتضى إنما يثبت لتصحيح مقتضى لا محالة ، والمقتضى ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت مقتضى وهو النكاح بأن يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولد أم الولد فلم يفتر ثبوت النسب إلى النكاح لاحالة ، وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان ، فإنه قال فيه المسئلة فيها إذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن أن تكون أم ولد ، وقال : والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ، وحيث لا يكون عن وطء شبهة وهو ظاهر .

(قوله ورد بأننا لا نسلم الخ) أقول : صاحب الرد هو الاتفاق .

(باب الولد من أحق به)

(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد) لما روى أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال عليه الصلاة والسلام : أنت أحق به ما لم تزوجي ، ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر ، وإليه أشار الصديق بقوله : ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر ، قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابه حاضرون متوافرون .

(باب الولد من أحق به)

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد (قوله وإذا وقعت الفرقة الخ) هو على الإطلاق في غير ما إذا وقعت بردها لحقت أولاً لأنها تحبس ونجس على الإسلام ، فإن تابت فهي أحق به وما إذا لم تكن أهلاً للحضانة بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وترك البنت ضالعة أو كانت أمه أو أم ولد أو مديرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو تزوجة بغير محرم ، وما إذا كان الأب معسراً وأبت الأم أن تربي إلا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فإن العمة أولى هو الصحيح (قوله فالأم أحق بالولد) بالإجماع وإن كانت كتابية أو عجمية لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (قوله لما روى أن امرأة) في سنن أبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قال يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تتكلمي ، رواه الحاكم ومصححه ، وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، فإذا أراد بجمده عمداً كان مرسلاً ، وإذا أراد به عبد الله كان متصلاً ، فلم ينص عليه يصير محتملاً للإرسال والاتصال ، وهنا نص على جده عبد الله . وحجر الإنسان بالفتح والكسر ، والحواء بالكسر : بيت من الويز والجمع الأحوية (قوله ولأن الأم أشفق عليه) إيداء لحكمة خصوص هذا الشرع ، وإنما كانت أشفق عليه لأنه كان جزءاً لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضانة لتبطلها بمصالحه ،

(باب الولد من أحق به)

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لاحتاج إلى بيان (وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده) أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثدي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تزوجي ، ولأن الأم أشفق) عليه لزيادة اتصاله بها من حيث يقص منها بالمقص (وأقدر على الحضانة) بلزومها البيت فكان في التفويض إليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها (وإليه أشار أبو بكر الصديق رضي الله عنه . روى أن عمر خاصم أم عاصم بين يدي أبي بكر لينزع العاصم منها ، فقال له أبو بكر : ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر ، قاله والصحابه حاضرون متوافرون (ولم ينكر أحد)

(باب الولد من أحق به)

(والنفقة على الأب) على ما نذكر (ولا تجبر الأم عليه) لأنها عست تعجز عن الحضانة

والرجل أقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه إذا لم يكن هو له مال وجعل عندها . وقوله وإليه أشار الصديق الخ يشير إلى ما في موطن مالك : حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال : كانت عند امرأة من الأنصار فولدت له عاصبا ، ثم فارقتها عمر رضى الله عنه فركب يوما إلى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضه فوضعه بين يديه على الدابة ، فأدركته جدّة الغلام فنازعته إياه ، فأقبلا حتى أتيا أبا بكر ، فقال عمر : هذا ابني ، وقالت المرأة ابني ، فقال أبو بكر : خل بينه وبينها ، فما راجعه عمر الكلام . وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي ، وزاد : ثم قال أبو بكر : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (لا توله والدته عن ولدها) وفي مصنف ابن أبي شيبة : حدثنا ابن إدريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الأفلح فزوّجت فجاء عمر فأخذ ابنه ، فأدركته شمس أم ابنة عاصم الأنصارية وهى أم جميلة فأخذته فترأى إلى أبي بكر فقال : خل بيننا وبين ابنتنا فأنجزته . ولابن أبي شيبة أيضا عن عمر أنه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذها منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبي بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه (قوله والنفقة على الأب على ما نذكر) أى في باب النفقة ، وهذا إن كان حيا ، فإن كان ميتا فعل ذى الرحم الوارث على قدر الموارث (قوله ولا تجبر) يعنى إذا طلبت الأم نفقته حتى أحق به وإن أبت لا تجبر على الحضانة ، وهو قول الشافعي وأحمد والثوري ورواية عن مالك . وفي رواية أخرى وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور والحسن بن صالح تجبر . واختاره أبو الليث والهندواني من مشايخنا لأن ذلك حق الولد ، قال تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كامليين - والمراد الأمر وهو الوجوب ، والمشهور عن مالك : لا تجبر الشريفة التي لإعادة لها بالإرضاع ، وتجبر التي هي ممن ترضع ، وإن لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدى غيرها أجبرت بلا خلاف . ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استنفائه عن الأم لأن نفقته وصيافته عليه بالإجماع . ولنا قوله تعالى - وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى - وإذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولأنها عسى أن تعجز عنه ، لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد : لو اختلفت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا هذا لفظه ، فأفاد أن قول الفقهاء جواب الرواية ، وأما قوله تعالى - فسترضع له أخرى - فليس الكلام في الإرضاع بل في الحضانة . قال في التحفة : ثم الأم وإن كانت أحق بالحضانة فإنه لا يجب عليها إرضاعه لأن ذلك بمنزلة النفقة ، ونفقة الولد على الوالد إلا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر (قوله فإن لم تكن) أى لم تكن له أم تستحق الحضانة بأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فأم الأم أولى من كل أحد وإن علت . وعن أحمد أم الأب أولى وإن استضعف بأن

(والنفقة على الأب) على ما سيجي (قوله ولا تجبر الأم عليه) أى على أخذ الولد إذا أبت أو لم تطلب لما ذكره ، إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضائته لئلا يفوت حق الولد إذا أجنبية لاشفقة لها عليه

(قوله إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضائته لئلا يفوت حق الولد إذا أجنبية لاشفقة لها عليه) أقول : وفيه أن غير ذى الرحم المحرم لا يلزم أن يكون أجنبيا وجوابه لا يفتى .

(فإن لم تكن له أم فأُمّ الأم أولى من أم الأب وإن بعدت) لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات (فإن لم تكن أم الأم فأُمّ الأب أولى من الأخوات) لأنها من الأمهات ، ولهذا تحوز ميراثين السلس ولأنها أوفر شفقة للولاد (فإن لم تكن له جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات) لأنهن بنات الأبوين ولهذا قمن في الميراث . وفي رواية : الخالة أولى من الأخت لأب لقوله عليه الصلاة والسلام «الخالة والدة» وقيل في قوله تعالى - ورفع أبويه على العرش أنها كانت خالته (وتقدم الأخت لأب وأم) لأنها أشفق (ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب) لأن الحق لمن من قبل الأم (ثم الخالات أولى من العمات) ترجيحاً لقربة الأم (ويزُلن كما نزلنا الأخوات) معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الأم

أم الأم تدل بالأُم وهي المقدمة على الأب ، فمن يدل بها ولاداً أحق من يدل به ، فإن لم تكن للأُم أم فأُم الأب أولى من سواها وإن علت . وعند زفر الأخت الشقيقة أو الخالة أولى منها . وعن مالك الخالة أولى من الجدة لأب لما في الصحيحين «أن علياً وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي : أنا أحق بها هي ابنة عمي ، وقال زيد : بنت أخي ، وقال جعفر : بنت عمي وخالتي تحتي ، فقصى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال : الخالة بمنزلة الأم ، وقال لعلي : أنت مني وأنا منك ، وقال لجعفر : أشبهت خلقي وخلقى ، وقال لزيد : أنت أخوتنا ومولانا» ورواه أبو داود وقال فيه «إنما الخالة أم» ورواه إسحاق بن راهويه وقال بعده «وما أنت يا زيد فأخوتنا ومولانا» والبحار في عند خالتها ، فإن الخالة والدة قلنا : هذا كله تشبيه ، فيحتمل كونه في ثبوت الحضنة أو غيره ، إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أهم من كونه في ثبوت أصل الحضنة أو كونها أحق به من كل من سواها ، ولا دلالة على الثاني والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بأنها أحق من أحد بغيره أصله من له حق في الحضنة فيبقى المعنى الذي عينناه بلا معارض وهو أن الجدة أم ولهذا تحوز ميراث الأم من السلس ، وغلبة الشفقة تتبع الولاد ظاهراً فكانت مقدمة على الأخوات والخالات ، فإن لم تكن جدة سفل ولا علياً فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين وأولئك بنات الأجداد والجدات والشقيقة أولى من

(فإن لم تكن له أم) بأن ماتت أو تزوجت بأجنبي فإنها كالمعدومة حينئذ (فأم الأم وإن بعدت) لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما ذكرنا من وفور شفقتين ، فمن كانت تدل إليه بأُم فهي أولى من تدل بأب ، ويستوى في ذلك المسلمة والكافرة لأن حق الحضنة باعتبار الشفقة وذلك لا يتخلل باختلاف الدين على ما قيل : كل شيء يجب ولده حتى الحيارى ، فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المأثور فأُم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات وهذه الولاية بالأُمومة (ولهذا) أي ولكون الجدة من الأمهات (تحوز ميراث الأمهات السلس ولأنها أوفر شفقة للولاد) أي لأجل الولاد (فإن لم تكن له جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين ولهذا قمن في الميراث) وهذه رواية كتاب النكاح اعتباراً بقرب القرابة والأخت أقرب لأمها ولد الأب والخالة ولد الجد . وقال في كتاب الطلاق : والخالة أولى من الأخت لأب اعتباراً بالمثل به ، فإن الخالة تدل بالأُم وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم «الخالة والدة» وقد قيل في تفسير قوله تعالى - ورفع أبويه على العرش - أنها كانت خالته . وقوله (وتقدم الأخت لأب وأم) ظاهر ، ومعناه أن ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة

(قوله فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المأثور) أي قول : يعني الجدة بأسطر وهو قوله فإن لم تكن له أم بأن ماتت أو تزوجت بأجنبي الخ .

(ثم العمات ينزلن كذلك ، وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لما روينا ، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نذرا وينظر إليه شزرا فلا نظر . قال (إلا الجدة إذا كان زوجها الجدة) لأنه قام مقام أبيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذورحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة (ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية) لأن المانع قد زال (فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقرهم تعصيا) لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه ، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحوزا عن الفتنة

غيرها ، والى أم أولى من الأخت لأب وبعد الأخت لأب الخالة . وفي رواية كتاب الطلاق : الخالة أولى من الأخت لأب لأنها تدلى بالأم وتلك بالأب . وفي رواية كتاب النكاح : الأخت لأب أولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد مرتبتهما قريبا ، فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الأخت لأب إلى بنت الأخت الشقيقة ، ثم إلى بنت الأخت لأم ، ثم إلى بنت الأخت لأب ، ثم إلى الخالة الشقيقة ، ثم إلى الخالة لأم ثم لأب ، ثم العمات على هذا الترتيب ، ثم إلى حالة الأم لأب وأم ، ثم لأم ثم لأب ، ثم إلى عماتها على هذا الترتيب ، وخالة الأم أولى من حالة الأب عندنا . ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب . وقد تبين أن أولاد الأخوات لأب وأم أحق من الخالات والعمات ، وأن الأخت لأم أحق من ولد الأخت الشقيقة وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لأن بنت الأخت تدلى إلى من له حق الحضنة ، وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فمعزل عن حق الحضنة لأن قرابتهن لم تتأكد بالمهرمية (قوله لما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ما لم تزوجي » والزرر القليل والشزر نظر البغض . ولو ادعى الأب أن الأم تزوجت وأنكرت فالقول لها ، ولو أقرت بالتزوج إلا أنها ادعت الطلاق وعود حقها ، فإن لم تعين الزوج فالقول لها ، وإن عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج (قوله فاختصم) المقصود أنه إذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانزاع

واحدة لما فيها من زيادة الشفقة . قال في النهاية : ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق ، ألا ترى أن الأخ لأب وأم مقدم في العصوبة على الأخ لأب بسبب قرابة الأم وقرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها ، كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان ، وفيه نظر لأن قرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها أصلا ، بخلاف قرابة الأب في استحقاق الحضنة فإن لها ذلك عند عدم قرابة الأم . قال (وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) كل من لها حق الحضنة ممن ذكرنا سقط حقها فيها إذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « أنت أحق به ما لم تزوجي » ولأن حق الحضنة للنظر للصغير وقد فاته عند التزوج لأن زوج الأم يعطيه نذرا : أى قليلا ، وينظر إليه شزرا : أى نظر البغض فلا نظره إذ ذاك (إلا الجدة إذا كان زوجها الجدة لأنه قائم مقام أبيه فينظر له ، وكذا كل زوج هو ذورحم محرم من الولد) كالعم إذا تزوج بأم الولد (لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة . ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال ، فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقرهم تعصيا لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه) في باب الميراث وولاية الإنكاح ، فإن اجتمع إخوة لأب وأم فأصلحهم ديننا وورعنا أحق به لأن ضمه إليه أنفع لأنه

(قوله وإن لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال) أي: فاختصم فيه الرجال .

(والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده . وفي الجامع الصغير : حتى يستغنى فيما كل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجا . ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم . والأب أقدر على التأدب والتتقيف ، والخصاف قدر الاستغناء سبع سنين اعتبارا للغالب (والأم والجدة أحق بالجارية حتى تمحص لأن بعد الاستغناء يحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ يحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى . وعن محمد أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة

من النساء أخذه الرجال ، وأولاهم أقربهم تعصيا لأن الولاية عليه بالقرب ، ولذلك إذا استغنى عن الحضنة كان الأولى بحفظه أقربهم تعصيا ، وقد عرف في موضعه : أى في القرائض ، وأولى العصبات الأب ثم الجد أبوالأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ لأب ، وكذا كل من سفل من أولادهم ، ثم العم شقيق لأب ، ثم الأب . فأما أولاد الأعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بآب العم لأب وأم ، ثم ابن العم لأب ، ولا تدفع الصغيرة إليهم لأنهم غير محارم وإنما يدفع إليهم الغلام ، وإذا لم يكن للصغيرة عصبه تدفع إلى الأخ لأم ثم إلى ولده ثم إلى العم لأم ، ثم إلى الخال لأب وأم ، ثم لأب ثم لأم ، لأن هؤلاء ولاية عند أبى حنيفة رحمه الله في النكاح . ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات ، ولا تدفع الأنثى إليه . ولو كان في المحارم من الإخوة والأعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الإمساك ، الكل من الكافي . وإذا اجتمع مستحقوا الحضنة في درجة كالخوة وأعمام فأصلحهم أولى ، فإن تساوا فأسنهم . وفي الفتاوى الصغرى : فإن لم يكن عصبه فإلى ذوى الأرحام على الترتيب (قوله حتى يأكل الخ) الذى في الأصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده . وفي بعض نسخ النوادر : ويستنجى وحده ، فضمنه المصنف إلى ما تقدم . وفي نوادر ابن رشيد : ويتوضأ وحده . وذكر شمس الأئمة أنه لا بد من أن يستنجى وحده أنه لا بد منه ليحصل الاستغناء . ثم من المشايخ من قال : المراد من الاستنجا تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده يلا معين ، ومنهم من قال : بل من النجاسة ، وإلا لم يقدر على تمام الطهارة (قوله والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء سبع سنين) وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره ، لا ما قيل إنه يقدر . يتسع لأن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغها ، وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده ، ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع وإلا فلا (قوله وعن محمد رحمه الله أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة) وهى

يتخلق بأخلاقه ، فإن تساوا فأكبرهم سنا أحق به لأن حقه أسبق ثبوتا فعند التعارض يرجع به كذا في المبسوط ، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبه غير محرم كولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبه كالخال بل تدفع إلى الخال تحريزا عن الفتنة ، كذا روى عن محمد . وذكر القزطاشي : فإن لم يكن واحد من العصبه تدفع إلى الأخ لأم عند أبى حنيفة ثم إلى ذوى الأرحام الأقرب فالأقرب . وقال محمد : لاحق لذكر من قبل النساء والتبوير للقاضي يدفع إلى ثقة محضته . وقوله (والأم والجدة أحق بالغلام) واضح . وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغنى وحلف لفظ يستنجى ، وذكر أن المعنى واحد وهو ظاهر . وقوله (اعتبارا للغالب) يعنى أن الصبي في الغالب إذا بلغ سبع سنين يستغنى عن الحضنة والريبة فحينئذ يستنجى وحده . وقوله (يحتاج إلى معرفة آداب النساء) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها (والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ يحتاج إلى التحصين) بالتزويج ، وولاية التزويج إلى الأب وإلى الحفظ عن وقوع الفتنة (والأب فيه أقوى وأهدى)

(ومن سوى الأم والجدّة أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشبهى، وفي الجامع الصغير : حتى تستغنى) لأنها لا تقدر على استخدامها، ولهذا لا تؤاجرهما للخدمة فلا يحصل المقصود، بخلاف الأم والجدّة لقدرتهما عليه شرعا. قال (والأمة إذا اعتقها مولاه وأم الولد إذا اعتقت كالحرة في حق الولد) لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق (وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما) عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى (والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر)

رواية هشام عنه . وفي غياث المفقى الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان . وعن أبي يوسف مثله . واختلف في حد الشهوة لئبى عليها أخذ الأب وثبوت حرمة المصاهرة ، قالوا : بنت تسع مشتهة ، وخمس ليست بمشتهة ، وست وسبع وثمان إن كانت عيلة مشتهة وإلا فلا (قوله ومن سوى الأم والجدّة) يعنى الجدتين من قبل الأم والأب (قوله لأنها لا تقدر على استخدامها) شرعا ، وتعلم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب إنما يحصل بالاستخدام (بخلاف الأم والجدّة لقدرتهما عليه شرعا) ولذا جاز أن تؤاجرهما . قال الحاكم الجليل الشهيد : فإن كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها خوف عليها فلها أن تنزل حيث أحييت في مكان لا يتخوف عليها (قوله والأمة إذا اعتقها مولاه وأم الولد إذا اعتقت كالحرة في حق الولد) وحال الحرة فيه أنه إن كان الولد رقيقا كان مولاه أحق به منها ، وإن كان حرا كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق ، ومن مولاه إن كان له مولى اعتقه ، ومن مولاه إن كان ابنها منه قبل عتقها ، ولو فارقتها زوجها وهى أمة فالولد لمولاها وهو أولى به من الأب لأنه مملوكه ، وكذا إذا كان الزوج حرا ولم يفارق أمة فالمولى أحق بالولد لكن لا يفرض بينه وبين أمة للنهى عن ذلك ، ذكره في الكافى . وفي التحفة : المكاتبه إن ولدت قبل الكتابة لاحق لها ، وإن ولدت بعده فهى أولى به لدخوله تحت الكتابة (قوله ويخاف) بالرفع استئنافا . وفي بعض النسخ : أو يخاف

لأن للرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا يتمكن الأم من ذلك . وروى هشام عن محمد أنها إذا بلغت حد الشهوة تدفع إلى الأب لتحقيق الحاجة إلى الصيانة ، وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم ، كذا في النهاية . وقال الفقيه أبو الليث : حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين ، وقيل إذا بلغت ست سنين أو سبعا أو ثمان إن كانت عيلة . وقوله (ومن سوى الأم والجدّة) يعنى إذا كانت الصغيرة عند الأخوات أو الخالات أو العمات فإنها تترك عندهن إلى أن تبلغ حدا تشبهى على رواية القندورى ، وحتى تستغنى على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها ، لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغیر الأم والجدتين ولاية الاستخدام (ولهذا لا تؤاجرهما للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم ، بخلاف الأم والجدّة لقدرتهما على الاستخدام شرعا . والأمة إذا اعتقها مولاه وأم الولد إذا اعتقت كالحرة في حق الولد لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق ، وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى ، والذمية أحق بولدها المسلم) بأن كان زوجها مسلما (ما لم يعقل الأديان أو يخاف) بالرفع على الاستئناف وبالجزم عطفًا على يعقل (أن يألف الكفر) لأن الدفع إليها قبل ذلك أنظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش

(قال المصنف : أو يخاف أن يألف الكفر) أقول : قال ابن القيم : وروى بالنصب أيضا على معنى إلى أن يخاف مثله في قولك لا تملك أو تقضي حتى ولكن هذا في أول آي الواراه . والموجود في نسخة هو أو .

للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده (ولا خيار للغلام والجارية) وقال الشافعي : لهما الخيار لأن النبي عليه الصلاة والسلام خير . ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر . وقد صح أن الصحابة لم يخيروا ، أما الحديث قلنا قد قال عليه الصلاة والسلام اللهم اهده فوقك لاختياره الأنظر بدعائه عليه الصلاة والسلام ، أو يجعل على ما إذا كان بالغا .

بالجزم عطفًا على يعقل ، وتمنع أن تغذيه الخمر أو لحم الخنزير ، وإن خيف ضم إلى ناس من المسلمين . ويروى بالنصب أيضا على معنى إلى أن يخاف مثله في قوله لأكرمك أو تقضيته حتى ، ولكن هذا في أو لا الواو . وقال الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لاحضانه لها ، والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وأبي ثور . وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم . وحاصله أن الأنظر للصغير أن يكون عند الأم لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التنبه لملاحظته ومصلحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا (قوله ولا خيار للغلام) يعني إذا بلغ السن الذي يكون الأب أحق به كسح مثلا أخذه الأب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك . وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان . وعند أحمد وإسحاق يخير في سبع ، فإذا اختار أحدهما وسلم إليه ثم اختار الآخر فله ذلك ، فإن عاد واختار الأول أعيد إليه هكذا أبدا . قال في المغني : وهذا لم يقل به أحد من السلف . والمعنوه لا يخير ويكون عند الأم (قوله لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير) أخرجه الأربعة عن أبي هريرة ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه . قال الترمذي : حديث حسن صحيح . ولأبي داود والنسائي فيه قصة لأبي هريرة قبل أن يروى الحديث حاصلها أنه خير غلاما في واقعة رفعت إليه ثم روى الحديث ، ولفظه «سمعت امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت : يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب باني وقد سقاني من برأ أبي عنبه وقد نفخني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : استمها عليه ، فقال زوجها : من يحاقي في ولدي ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به » واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر . وأجاب عن الحديث بوجهين : أحدهما أنه صلى الله عليه وسلم دعا أن يوفق لاختيار الأنظر على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض

أحوال الكفر في ذهنه (ولا خيار للغلام والجارية) يعني بين الأبوين (وقال الشافعي : لهما ذلك) إذا بلغ سن التمييز وسلم إلى من اختاره ، فإن اختار الأب لا يمنع من الزيارة ، وإن اختار الأم فعلى الأب مراعاته وتسليمه إلى المكتب والحرفة (لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير) غلاما بين الأبوين ، وروى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأثت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم ، وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أقعد ناحية وقال لها أقعدني ناحية ، فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعوا ، فالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها ، فالت إلى أبيها فأخذها (ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة) أي الخفض والراحة وكلامه واضح ، ولكن قوله (أو يجعل على ما إذا كان بالغا) فيه نظره لأن المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حله على ما إذا كان بالغا ؟ والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما رويناه ، وما روى «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الأبوين من غير ذكر ما يبدل على الصغير» فأول المصنف رحمه الله الأول بقوله قلنا قد قال عليه الصلاة والسلام الخ ، والثاني بقوله أو يجعل على ما إذا كان بالغا .

عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فعجاءا بابين لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب هنا والأم هنا ثم خيره وقال : اللهم اهد ، فذهب إلى أبيه » وفي لفظ آخر « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأبت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم ، وقال رافع ابنتي ، فأقعد النبي صلى الله عليه وسلم الأم ناحية والأب ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعواها ، قالت الصبية إلى أمها ، فقال صلى الله عليه وسلم : اللهم اهداها فقالت إلى أبيها فأخذها » وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة . وأخرج ابن ماجه والتمساني في سننه عن إساعيل بن إبراهيم بن عليّة رضي الله عنه : حدثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة « أن أبوين اختصا في ولد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر ، فخيرته النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه إلى الكافر ، فقال : اللهم اهد ، فتوجه إلى المسلم فقصى له به قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين : اختلف في أنه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان . قال : وقد روى من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده « أن أبويه اختصا فيه . رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره . وقال : فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ، ولا يصح ذلك لأن عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون ، ولو صح لا ينبغي أن يجعل خلافا لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فإنهم ثقات ، وهو أبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف ، وأفاد أن المراد بقوله عن أبيه عن جده جد أبيه ، قال : فإنه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان ، ونحن نقول : إنه إذا اختار من اختاره الشرع دفع له ، لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخير غيره صلى الله عليه وسلم مع دعائه فيجب بعده صلى الله عليه وسلم اعتبار مظنة الأنظرية وهو فيها قلنا . ثانيهما أنه كان بالغا بدليل الاستقاء من بشر أبي عتبة ومن دون البلوغ لا يرسل إلى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وصغره عنه غالبا ، ونحن نقول : إذا بلغ فهو مخير بين أن ينفرد بالسكنى وبين أن يكون عند أبيهما أراد ، اللهم إلا أن يبلغ سفيها مقبدا فحينئذ يضمه إلى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ، ولا نفقة له على الأب إلا أن يتطوع . أما الجارية فإن بلغت بكرا ضمها إلى نفسه ، وإن بلغت ثيبا فلها أن تنفرد بالسكنى إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فلا بد أن يضمها إليه ، وكذا الأخ ، ولهم الضم إذا لم يكن مقبدا ، وإن كان فحينئذ يضمها القاضي عند امرأة ثقة ، ولهذا صح أن الصحابة رضي الله عنهم لم يغيروا على ما تقدم من قصة عمر مع أبي بكر ، وما أسند عبد الرزاق عن عمر أنه خير ابنا بين أبيه وأمه فاختر أمه فانطلقت به محمول على أنه عرف ميل الابن إلى أمه وهي في الواقع أحق بمحضاته فأحب تطيب قلب الأب من غير مخالفة للشرع فخير ، يدل عليه ما تقدم أنه لم يراجع أبا بكر الكلام . والجواب أن عدم المراجعة ليس دليلا لأن أبا بكر كان إماما يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وإن خالف رأى المحكوم عليه ، فالوجه مذكرونا لوافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قلناه أول الباب .

(فصل)

(وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من مصر فليس لها ذلك) لما فيه من الإضرار بالأب (إلا أن تخرج به إلى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لأنه ألزم المقام فيه عرفا وشرعا ، قال عليه الصلاة والسلام : «من تأهل

(فصل)

إذا ثبت حق الحضانة للأم فأرادت أن تخرج بالولد إلى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منها لأن حق السكنى له بعد إيفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه ، وإن كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلدة التي تريد الخروج إليها بلدها وقد وقع العقد فيها أو لا . ففي الأول ليس للأب منها وإن بعدت كالكوفة من الشام إلا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذى وإن كانت هي حربية ، ولو كان كلاهما مستأمنًا جاز لها ذلك لأنه لما عقد النكاح به فالظاهر أنه يقيم به غير أنه إذا خرج بعد ذلك وقد أعطاه المهر وجب عليها المتابعة أو تابته بلا وجوب . وإذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الأمر إلى الأول ، ولو كانت الأولاد غيبا بأن تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له أولادا فخرج بهم إلى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم إليها ، فإن أخرجهم بإذنها ليس عليه أن يحميهم إليها ويقال لها اذهبي إليهم فخلد بهم ، وإن كان يغير إذنها فعليه أن يحميهم إليها . وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه أو عقد فيه وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكره المصنف إلا أن تخرج إلى مصر قريب ، بحيث لو خرج الأب لطالعة الولد أمكنه أن يبيت في أهله أو قريته كذلك وكان العقد في قرية لأنه كالانتقال من حارة إلى حارة ، وإن لم يكن العقد في قرية بل مصر فليس لها إخراجها إلى القرية القريبة ، هذا فيما بين الأب والأم . أما لو كانت الأم مانت وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل بالولد إلى مصرها لأنه لم يكن بينهما عقد ، وكذا أم الولد إذا اعتقت لامتخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لأنه لا عقد بين الأب وأم الولد . ولتكم على فصول الكتاب (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم)

(فصل)

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الإخراج إلى القرى وغيره في فصل على حدة (وإذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من مصر) فذلك على أربعة أقسام : إما أن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه ، وإما أن تخرج إلى ما ليس بوطنها ولم يقع فيه العقد ، وإما أن تخرج إلى وطنها ولم يقع العقد فيه ، وإما أن تخرج إلى غير وطنها وقد وقع العقد فيه . فهي الأقسام العقلية ، فإن اتفق أمران جميعا بأن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز وإلا فلا كما ذكر في الكتاب . وقوله (لأنه ألزم المقام فيه عرفا وشرعا) دليل المستقنى . وقوله (ولهذا

ببلدة فهو منهم ، ولهذا يصير الحربى به ذميا ، وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار في الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك ، وهذا رواية كتاب الطلاق ، وقد ذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد متى وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ، ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد . وجه الأول أن التزوج في دار الغربية ليس

في مسند ابن أبي شيبة : حدثنا المولى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن عبد الرحمن بن الحرث بن أبي ذياب ، أن عثمان رضي الله عنه صلى بمى أربعاً ثم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلى صلاة المقيم » وإن تأهلت منذ قلعت مكة ، ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا تزوج الرجل ببلدة فهو من أهلها » وإنما أتممت لأنى تزوجت بها منذ قلعتها . وقد ضعف عكرمة الأزدي (ولهذا يصير الحربى به ذميا) ظاهره أن بالتزوج يصير الحربى ذميا ودفع في الكافي بأنه خلاف المصر ح به بل لا يصير الحربى بالتزوج في دار الإسلام ذميا لأنه لا يستلزم التزام المقام تمكثه من الطلاق والعود ، وإنما ذلك في الحرية إذا تزوجت في دار الإسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما وإنما يصح بحمل الحربى على إرادة الشخص . الحربى فيصح مراداً به الحرية ويتجوز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام . قال : وهو ظاهر لو سبق الكلام له . وفي النهاية : وجدت بخط شيخى ليس في النسخة التى قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل بقوله وإن أرادت الخروج بقوله فهو منهم ، وما ذكرنا في بعض النسخ وقع سهواً انتهى . وعلى هذا لاحتاجة إلى تكلف توجيه بما قلنا وبغيره ، وتحمل المصنف إياه مع أنه لا يصح لأن مرجع الضمير إن كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوج المرأة الحرية على صيرورته من أهلها ، والحال أن صيرورتها كذلك لأمر يخصها لا يوجد في حقها ، وإن كان التزام المقام فليس السوق لإثباته (قوله أشار في الكتاب) أى القدورى وقيل الميسوط ، والأول أولى لأنه معتاد المصنف ، ولا يستفاد الثانى لعدم المعهودة . ووجهه أن قوله إلا أن يخرج بها إلى وطنها يفيد أن غيره داخل في الحظر ، والذي وقع فيه التزوج غير وطنها . وقوله وهو رواية كتاب الطلاق : أى من الأصل ، وفي العكس وهو ما إذا أرادت الانتقال إلى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات (قوله كما يوجب البيع التسليم في مكانه) أى إذا كان

يصير الحربى (أى الشخص الحربى ذكرنا كان أو أنثى (به) أى بالتزوج في بلدة (ذميا) قال في النهاية : وهذا وقع غلطاً لأن المصنف ذكر في السير وذكر أيضاً في سير سائر الكتب : إذا تزوج المستأن ذمية لا يصير ذميا لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع . وأجيب بأن الضمير في به راجع إلى التزام المقام ، وفيه نظر لأنه يتول إلى أن يقال إنه بالتزوج في بلد التزم المقام ، وبالتزام المقام يصير الحربى ذميا ، ويلزم منه أنه بالتزوج في بلد يصير الحربى ذميا فعاد المحذور ، وإن لم يجعل متعلقاً بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال في محل البحث فلا يلقى ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربى إلى الحرية ، ويجوز أن يقال : لاحتاجة إلى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربى صفة لشخص كما قدرنا في أول البحث ، وحينئذ يراد به الحرية ، ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطاً إلى كونه مليحاً ، ومهم من جعله من باب القياس والاستحسان فجعل ماذكر ههنا وجه القياس لأن التزوج في بلد يصلح دليلاً على التزام المقام فيه شرعاً وعرفاً لاسياً إذا كانت المرأة بمنوعة عن الخروج عن تلك البلدة ، وما ذكر في السير وجه الاستحسان لأن التزوج وإن لم يصلح دليلاً على التزام المقام كتزوج الحرية (قوله ويجوز أن يقال لاحتاجة ، إلى قوله : لأن التزوج في بلد يصلح دليلاً على التزام المقام فيه شرعاً) أقول : ولا يخفى عليه

الزما للمكث فيه عرفا ، وهذا أصح . والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعا : الوطن ووجود النكاح : وهذا كله إذا كان بين المصريين تفاوت ، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به ، وكذا الجواب في القريتين ، ولو انتقلت من قرية مصر إلى مصر لأبأس به لأن فيه نظرا للصغير حيث يتخاف بأخلاق أهل مصر وليس فيه ضرر بالأب ، وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلفه بأخلاق أهل السودان فليس لما ذلك .

المبيع في ذلك المكان لا مطلقا ، فإن في الفتاوى : من باع شعيرا والشعير في القرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تساميه في مكانه لا في مكان العقد ، وإن لم يعلم فهو بالخيار إن شاء تسلمه في مكانه وإن شاء فسخ ، ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حتى إمساك الأولاد لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتبارا للثمرات بالأحكام من وجوب التسليم والتسليم (قوله تفاوت) أي بعد ، وفي عكسه وهو أن ينتقل من مصر إلى القرية لا يجوز ، وإن كانت القرية قريبة إلا إذا وقع العقد فيها وهي قريبها فحينئذ لما ذلك . ذكره في شرح الطحاوي . وفي شرح البقالي ليس لما ذلك بحال وقع العقد هناك أولا ، والأول هو المنصوص . ذكر الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد : إذا كان أصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بهم من قرية إلى قرية فلها ذلك ، إن كانت القرى قريبة ينظر بعضها إلى بعض مالم يكن ذلك يقطع عنه أيه إذا أراد أن ينظر إليه من يومه . وإذا أرادت أن تخرج من مصر جامع إلى قرى ، إن كانت قرية منها فليس لما ذلك إلا أن يكون النكاح وقع في تلك القرى ، وفيه أيضا : وليس للمرأة أن تشتري لولدها وتبيع وإن كانت أحمق به إلا أن تكون وصية ، والله أعلم .

للذي إلا أن قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع . ورد بأن هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك . وأجاب شيخ شيخ العلامة عبد العزيز بأنه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه إلى المنع من إطلاق الاسم عليهما . وأقول : إن ثبت في حربي يتزوج في بلد المسلمين أن يصير به ذميا روايتان صحح استخراج وجه القياس والاستحسان وإلا فلا . وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح ، وأما في عكس هذه المسئلة وهي أن تخرج إلى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لما أن تنتقل بالأولاد إليها باتفاق الروايات . وأما القسم الآخر وهو مالا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الأقسام الباقية (قوله والحاصل) ظاهر مما ذكرنا . قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين : لا بد من وصف آخر هو شرط فيه أيضا ، وهو أن لا ينتقل إلى دار الحرب وإن كانت وطنها ووقع العقد فيها ، وفيه نظر لأن الحرية بالتزوج في دار الإسلام تصير ذمية فأنى يقضى لها الانتقال إليها . والجواب أن مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجنا إلينا ووقعت الفرقة فيها بينهما فأرادت الخروج إلى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وإن وجد الأمران جميعا والباقي ظاهر .

مع أنه مخالف لما يذكره المصنف فوجه مالى مختصر القدوري أن الزوج في دار القرية ليس الزاما للمكث فيه عرفا فتأمل في جوابه (قوله وأقول إن ثبت في الحرب) (الخ) أقول : فيه تأمل (قوله وفيه نظر لأن الحرية بالتزوج) (الخ) أقول : فيه أن القرض وقوع العقد في دار الحرب فكيف يحتمل النظر ؟

(باب النفقة)

قال (النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها) والأصل في ذلك قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته - وقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث حجة الوداع « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولأن النفقة جزاء الاحتباس

(باب النفقة)

النفقة مشتقة من النفوق : وهو الهلاك ، نفقت الدابة نفوقا هلكت ، أو من النفاق وهو الزواج ، نفقت السلعة نفاقا راجت . وذكر الزحشرى أن كل ما فاءه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس وننى ونقد . وفي الشرع الإدرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير بأسباب الزوجية والقرابة والملك ، فبدأ بالزوجات إذ هي الأصل في ثبوت النفقة للولد لأنه فرعها ، ثم بالسبب الأبعد . والأصل في ذلك قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن ، قيل

(باب النفقة)

لما فرغ من بيان حق الحضنة لالود ومن لها الحضنة احتاج إلى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرذ بذكر ما يحتاج إليه من السكنى وغيره . والنفقة اسم بمعنى الإنفاق ، وهو عبارة عن الإدرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه . ونفقة الشخص على غيره تجب بأسباب : منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك . وفتح الباب بنفقة الزوجات لأن الزوجية أصل النسب فقدم عليه والنسب أقوى من الملك لأن النفقة على الولد كالإنفاق على نفسه لكونه جزءا منه وكذا على الوالدين . قال (النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله) قال في النهاية : هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فإنه ذكر في الميسوط ، وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج ، ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيته كان لها أن تطالبه بالنفقة . وقال في الإيضاح : وهذا لأن النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج ، فإذا لم يطالبها بالنفقة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها (والأصل في ذلك) أى في وجوب النفقة (قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته -) أمر بالإنفاق والأمر للوجوب (وقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف -) أى بالميسوط . وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون أنه العدل على أقدر الإمكان ، وكلمة على للوجوب (وقوله صلى الله عليه وسلم) في حجة الوداع « أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان » اتخذتموهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله ، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا ، وإن لا يأتذن في بيوتكم لأحد تكررهنه ، فإذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح » (و) إن (لهن) عليهن نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ، ولأن النفقة جزاء الاحتباس .

(باب النفقة)

أقول : النفقة في الشرع الإدرار على الشيء بما به بقاؤه .

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه : أصله القاضى والعامل فى الصدقات : وهذه الدلائل لأفصل فيها فتستوى فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر فى ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف :

هى الزوجات ، وقيل هى المطلقات ، والأول هو الظاهر . وقال تعالى - لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله شيئا إلا ما آتاه - وقال تعالى - أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم - وقرأ ابن مسعود « أسكنوهم من حيث سكنتم وأنفقوا عليهم من وجدكم » وقال النبي صلى الله عليه وسلم فى خطبته بعرفة فى حجة الوداع كما قدمناه فى ضمن حديث جابر الطويل فى الحج « فأتوا الله فى النساء فإنهن هوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه ، فإن فعلن فإسروهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم وغيره . وفى الصحيحين « أن هند بنت عتبة قالت : يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بى إلا ما أخذ من ماله بغير علم ، فقال صلى الله عليه وسلم : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بيك » والأحاديث كثيرة فى الباب ، وعليه إجماع العلماء . وما نقل عن الشعبي رحمه الله من قوله : ما رأيت أحدا جبر على نفقة أحد يجب تأويله ، والله أعلم بصحته (قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره) أى لمنفعة ترجع إلى غيره كان نفقته عليه ، فخرج الرهن فإن نفقته على الرهن لأن منفعة حبسه ليست متمخصة للمرئى بل مشتركة ، وخرج المتكوحه نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر أنه فاسد رجع عليها بما أدخلت ، أما لو أتفق عليها بلا فرض القاضى فلا يرجع . وفى الفتاوى : رجل اتهم بامرأة فظهر بها جيل فزوجت منه . فإن لم يقر بأن الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبى يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة . وذكر فى موضع آخر لاستحقاقها عندهما أيضا لأنه ممنوع عن وطئها . ولو أقر أنه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند النكل وحل وطئها وتقدم أصله فى الهرمات ، والله أعلم (قوله أصله العامل فى الصدقات) والمفتى والوالى والقاضى والمضارب إذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة إذا قاموا بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة المياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن أو لا ولو غنيات . وقوله إذا سلمت نفسها فى منزل ليس شرطا لازما فى ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل إلى منزل الزوج إذا لم يطلب الزوج انتقالها ، فإن طلبه فامتنع خلق لها كهرها لا تسقط النفقة أيضا ، وإن كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها . وقال بعض المتأخرين : لا نفقة لها حتى تترف إلى منزل الزوج ، وهو رواية عن أبى يوسف . واختارها القلجورى وليس الفتوى عليه . وقول الأقطع الشيخ أبى نصر فى شرحه : إن تسليمها نفسها بشرط الإجماع متطور فيه ، ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو أنه إذا لم ينقلها إلى بيته ولم تمتنع هى تجب النفقة لأنها سلمت نفسها ولكنه رضى ببطالان حقه حيث ترك الثقلة فلا يسقط

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضى والعامل فى الصدقات (ونوقض بالرهن فإنه محبوس بحق مقصود للمرئى وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هى على الرهن . وأجيب بأن الرهن محبوس بحق الرهن أيضا وهو كونه مولىا عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة على المرئى (وهذه الدلائل) يعنى التى ذكرها من الكتاب والسنة (لأفصل فيها فيستوى المسلمة والكافرة) ويعتبر فى ذلك حالهما جميعا هذا لفظ القلجورى

وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى، وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار، وإن كانت معسرة والزوج موسرا فنفتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات. وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته - وجه الأول قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان « خذى من مال زوجك مايكفيك وولذلك بالمعروف » اعتبر حالها

حقها (قوله وعليه الفتوى) اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية، وقال به جمع كبير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة إنه الصحيح. ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والإعسار في إعسارهما، وإنما يظهر الخلاف في الاختلاف كما إذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب في الأول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه، وعلى ظاهر الرواية يجب في الأول نفقة الإعسار لأنها وإن كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين، وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الأقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف، بل ترك ما إذا كانت موسرة والزوج معسر وكأنه لا محذور جوابه بجواب ما ذكره وهو ما إذا كانت معسرة وهو موسر. وكان الأولى حينئذ أن يقول: فإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر في الاستدلال للمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه أنه يصلح رد الاعتبار حاله فقط: يعني إذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط. ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما. ويورد عليه أن حديث هند خبر واحد، وقوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله - مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسرة معسرة كانت أولا، فاعتبار حالهما زيادة موجهة لتغيير حكم النص، إذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه علمها، وعلمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز، وأفاد المصنف دفع هذا بقوله: وأما النص فنقول بموجبه إنه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته، فإنه يفيد أن المقاد بالنص اعتبار حاله في الإنفاق، ونحن نقول إن المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفى اعتبار حالها

قال المصنف (وهذا) أي اعتبار حالها في ذلك (اختيار الخصاف وعليه الفتوى، وتفسيره) أي تفسير قول الخصاف وهو على أربعة أقسام: قسمة عقلية، إما أن يكونا مؤسرين أو معسرين، أو الزوج موسرا والزوجة معسرة، أو بالعكس من ذلك. ففي الأول تجب نفقة اليسار، وفي الثاني نفقة الإعسار، وفي الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات إذا كان الزوج يأكل الحلوى والحمل المشوى والباحات والمرأة كانت تأكل في بيئها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تأكل في بيئها ولكن يطعمها فيها بين ذلك، يطعمها خبز البر وباجية أو باجين. ولم يذكر المصنف القسم الرابع لأنه يعلم من القسم الثالث، فإن الخصاف ذكر في كتابه: يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا، فيقال له: تكلف أن تطعمها خبز البر وباجية أو باجين كي لا يلحقها الضرر، ولم يزد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال. وقال: وفي ظاهر الرواية يقول لما تزوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج إلا بنسب حاله (وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي) وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا، والدليل عليه (قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته -) - ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله - اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وأمره بالإنفاق فلا مبرر لإي غير. وجه الأول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما (قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان) روى

(قوله فإن الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة) أقول: يعني القائل يفرض لها نفقة.

وهو الفقه فإن النفقة تجب بطريق الكفاية ، والفقيرة لا تنفقر إلى كفاية المورات فلا معنى لازيادة ، ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته . ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على المورس مدّ " وعلى المعسر مدّ " وعلى المتوسط مدّ " ونصف مدّ " ،

في قدر ما يجب لها ، والحديث أفاده فلا زيادة على النص لأن موجه تكليفه بإخراج قدر حاله ، والحديث أفاد اعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بأن يكون الواجب عليه أكثر مما إذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله في الضرورة يبقى الباقي في ذمته ، اللهم إلا أن يقال : يجوز علمه صلى الله عليه وسلم بأن زوجها كان موسراً فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها ، وهذا ليس فيه اعتبار حالها فإن الكفاية تختلف ، ثم هذا البحث ينتجه بالنسبة إلى هذه الآية . أما بالنسبة إلى قوله تعالى - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - فلا لأنه اعتبر في نفس الواجب المقاد بلطف على حاله إلا أن هذه في المتعة لا في النفقة ، ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على أنها ليست مسلوكة بما مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر ، أو أن قوله حتما بالمعروف - الآية يقيده بالتقديرتين : أى على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر ، وهذا لأن المعروف أن لا يدفع للفاقة ما يدفع للفقيرة (قوله وهو الواجب) أى الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما . وقد يقال لا يمتشى على جميع أقسام تفسير قول

البخارى بإسناده إلى عائشة رضى الله عنها " أن هذا بنت عتبة قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : خلى مايكفيك وولدت بالمعروف " فاعتبر حالها (ولقال أن يقول : هذا الدليل غير مطابق للمدعى لأن المدعى هو الاعتبار بحالهما ، والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ . ويمكن أن يجاب عنه بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها ، وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به ، فإذا الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها ، فوجب الإجماع بينهما بأن يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك . فإن قيل : هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الأحاد . فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما . قال المصنف اختياراً منه لقول الخصاف (وهو) أى اعتبار حالهما (هو) الفقه ، فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تنفقر إلى كفاية المورات فلا معنى للزيادة) يعنى على كفايتها نظراً إلى حال الزوج . وأجاب عن قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته - بقوله (ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب أن ينفق بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع ، لكن إن زادت كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي ديناً في ذمته عملاً بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز . وقوله (ومعنى قوله بالمعروف الوسط) إشارة إلى ما قدمنا أن تفسير قوله تعالى - وكسوتهن بالمعروف - الوسط ليكون جواباً عن قول الخصم إنه تعالى قال - وعلى المولود له - اعتبر الرجل ، وقال - بالمعروف - إشارة إلى أن لا يزداد على ما في وسعه إن كانت حالها تقتضيه . ووجه بكونه جواباً أنه إذا كان مفسراً بالوسط فالوسط هو الذى يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب (قوله وبه) أى بقوله صلى الله عليه وسلم لهند " خلى من مال زوجك مايكفيك ") يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على المورس مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد ،

(وقوله والحديث لا يعارض الآية لكونه من الأحاد) أقول : لا يبعد أن ينسب خبره (قوله فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين الخ) .

لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه (وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمخفى من قبله فيجعل كلا قالت (وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزلها) لأن

الخصاف رحمه الله بل في أوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والإعسار فإن الواجب فوق الإعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط . وأما في يسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هي وسط في اليسار ، وأما في إعسارهما فيجب أيضا نفقة وسط في الإعسار وهو بعيد ، فإنه إذا فرض أن إعسارهما غاية في الإعسار فلإنما تجب الغاية فيه لأن اعتبار حاله أحوالهما لا يوجب غير ذلك . والوجه أن المراد بالمعروف في قوله صلى الله عليه وسلم « حذى من ماله بالمعروف ما يكفيك » ما يقابل المنكر فيستقيم ، فإن المعروف في متوسطة الحال أن كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند غاية إعسارها وإعساره المعروف دون التوسط فيه . والحاصل أن على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيها فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والإعسار ، وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الإدام لأن الخبز لا يؤكل إلا مادوما (قوله لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه) لأنه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الأوقات . وفي المبسوط : وكل جواب عرف من اعتبار حاله أحوالهما في النفقة في الكسوة مثله ، وإذا اختلفا في اليسار والإعسار فاقول قول الزوج في العسرة ، كذا في الأصل . وأشار شيخ الإسلام إلى أننا نقول قولها إنه قادر ، وهو ما ذكره محمد في الزيادات . ومن المتأخرين من قال : ينظر إلى زيه إلا في العلوبة والفقهاء ، وإذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي ، وإن فعله فأنه عنه أنه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر إلا أن يخبره بذلك عدلان أنها علما بذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين : فإن أخبراه من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما ، فإن أقامت البينة أنه موسر فأقام الزوج أنه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر ، كذا في كافي الحاكم (قوله حتى تعود إلى منزلها)

لأن ما وجب كفاية . لا يتقدر في نفسه شرعا) لأنه مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والمهر وبحسب الأوقات والأماكن ، ففي التصدير قد يكون إضرارا . قال (وإن امتنعت من تسليم نفسها) إن امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة ، فإذا أن يكون الامتناع بحق مثل أن تطلب المهر المحجل أولا ، فإن كان الأول فلها النفقة لأن كل واحد من المهر والنفقة حتى من حقوقها ، فطالبة أحدهما لا يسقط الآخر ، وإن كان الثاني فهي ناشزة لأن الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك ، وإنما قيل الخارجة من منزل الزوج لأنها إذا كانت ساكنة معه فالظاهر أن الزوج يقرر على تحصيل المقصود منها طوعا أو كرها فلا تبطل النفقة ، فإن كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فنتمت من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته ، وإذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزلها لأن فوت الاحتباس منها ، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة . فإن قيل : الدلائل البلة على وجوب النفقة لاتفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها ؟ فالجواب أنا لا نسلم أنها لم تفصل لأنه تعالى قال - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - وذلك قد يشير إلى تسليم النفس لأن الولادة بدونه لا تصور .

أقول : من تأمل في كلام المصنف لين له علم مطابقة هذا الوجه للشرع فإنه يتأذى على أن لا معارضة بينهما :

فوت الاحتباس منها ، وإن عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة : بخلاف ما إذا امتنع من التحسين في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها ، والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد ، بخلاف المريضة على ما بين .

يفيد أن النشوز المستحب لسقوط النفقة مأخوذ فيه خروجها عن منزلها ، والتحريم أن المأخوذ فيه عدم موافقتها على الهجر إلى المنزل سواء كان بعد خروجها أو امتنع عن أن تجيء إلى منزلها ابتداء بعد إيقائه معجل مهرها أو عدم تمكينها إياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تسأله أن يحولها إلى منزلها أو يكرى لها منزلا ، فإن كانت سألته في ذلك لتنتفع بملكها فأبى فتحته الدخول كان لها النفقة . وفي الفتاوى : وقالت إنما خرجت لأنك ساكن في أرض مغصوبة لا تكون ناشرة . وفي الفتاوى للنسب : لو كان بسمرقند وهي بنسب فبعت إليها أجنبيا ليحملها إليه فأبى لعدم المحرم لها النفقة (قوله لا يستمتع بها) أى لاوطأ . وصرح في الصغيرة بأن المراد من الاستمتاع الوطء ، وبه قيد الحاكم قال : لانفقة للصغيرة التي لا يجامع فلا نفقة لها إلى أن تصير إلى حالة تحمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج أو الأب . واختلف فيها ، فقيل أقلها سبع سنين ، وقال المتأني : اختيار مشايخنا تسع سنين . والحق عدم التقدير ، فإن أحواله يختلف باختلاف البنية ، وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم . وفي قوله : تجب وإن كانت في المهد لإطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية . قلنا : أما قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - فرجع الضمير للولدات فلا يتناول الصغائر . وأما قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته - فإنما فيه الأمر بالإتفاق : يعنى على من يستحقها ، ولم ينص على من يستحقها ، فثبت من يستحقها خارج على أنه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن ، ألا ترى أن ليس كل زوجة تستحقها كالناشرة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه . وأما حديث جابر فقوله صلى الله عليه وسلم فيه « وهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ، ونقول لا يحمل فرج من لا تعليق الجماع فإنه إهلاك أو طريقه . ولو سلم فالإتفاق على أن عومه غير مراد ، فإن الناشرة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه . وحاصله أن الزوجة أجنبية ، فاستحقاقها النفقة إما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره إلهافا للمالك القاصر بالملك الكامل في المرقوة ،

وقوله (بخلاف ما إذا امتنع) متصل بقوله لأن فوت الاحتباس منها ، وقوله (وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها) أى لاوطأ (فلا نفقة لها) سواء كانت في منزل الزوج أو لم تكن حتى تصير إلى الحالة التي تطيق الجماع (لأن امتناع الاستمتاع إنما هو لمعنى فيها ، والاحتباس الموجب النفقة هو ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح) وهو الجماع أو دواعيه (ولم يوجد) لأن الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لأنها غير مشبهة ، واستشكل بالرفقاء والقرناء ونحوهما ، فإن المقصود المستحق بالنكاح فالتنفقة . وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعن تفخيذا أو غيره ، بخلاف الصغيرة لما ذكرنا ، حتى قالوا : إن كانت الصغيرة مشبهة ويمكن جماعها فيها دون الفرج يجب النفقة

(قوله مستحق بالنكاح وهو الجماع) أقول : أظهر للموافقة لما ذكر في أواخر باب البتة أن يقول وهو الحكم من الجماع .

وقال الشافعي : لما النفقة لأنها عوض من الملك عنده كما في المملوكة بملك الميمن . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة

أو لاحتباسها لاستيفاء النفقة المقصودة من التزويج : أعنى الوطء أو دواعيه ، أو لاحتباسها مطلقا لا يجوز الأول لأن إيجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم إيجابها بسبب ملك ناقص ، إذ ليس هو في معناه إلا أن يكون إيجابها في الكامل لمعنى تضمنه وهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ، ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على أحد الأوجه التي ذكرناها وسنوردها وجهها وجهها ، وأيضا عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضا عوضا ولا اجتماع عن المعوض الواحد عوضان ، ولا يمكن جعل المعوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على ألف وعبد لأن الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت أيضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لأنها تجب شيئا فشيئا ، ولو كانت جزءا من العوض لزم جهالة أعي العوضين فإنما تجب بمحدث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا إلى بقاءه وهذا طريق المصنف ، وعلى هذا يجب أن يقول النفقة في المرفوعة أيضا جزء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملة الوطء إن أمكن لا للملك وهذا حق ؟ ألا يرى أنه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الأخير لانتقاضه بالناشئة ، وأما الثاني فهو العلة لظهور أثره في حق القاضي والمقضى والعامل على الصدقات ومن تقدم ، وإنما لم نقل فتعين الثاني عقيب لإبطال الأقسام لثلاث يكون مبرا ، فلما أثبتنا المناسبة بظهور الأثر لم يبق إلا صورة السر وإنما هو في الحقيقة إثبات حلية ماعينها بظهور أثره وإبطال ماعينها . هذا وقد نقض بالرفقاء والقراء وإلى أصحابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها فإن لمن النفقة ولا احتباس للوطء . وأجيب بأن المجبر في إيجاب النفقة احتباس ينفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بأن يجماع فيها دون الفرج ، بخلاف الصغيرة التي لا يجماع مثلها فإنها لا تكون مشبهة أصلا فلا يجماع فيها دون الفرج حتى إن كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة في الأولاد دون الفرج ، ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة . قالوا : فعل هذا التعليل إذا كانت صغيرة مشبهة يمكن جماعها فيها دون الفرج تجب النفقة ، كذا في الأخيرة ، وهذا حل من قيد الصغيرة يكونها لتشبهه للجماع فرض محال ، لأنها إذا لم تكن بحيث تشبه للجماع لا تكون مشبهة للجماع فيها دون الفرج . نعم هنا شيء وهو أن قولنا الصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل معناه لا تشبه للوطء أو لا تطبق الوطء ، فإن كان الأول فاللازمة حقة ، وإن كان الثاني فإن ثبت التلازم بين عدم الإطاعة وعدم الاشتباه فكذلك ولا فهو فرض صحيح . والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الإطاعة مطلقا ولا من واحد عن طريق الوطء ، والظاهر أن من كانت بحيث تشبه للجماع فيها دون الفرج فهي مطيعة للجماع في الجملة ، وإن لم تطاقه من

(وقال الشافعي : لما النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك الميمن) وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة ، والصغير والكبير فيها سواء كالمملوكة (ولنا أن المهر عوض عن الملك) لأن المعوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة ، وإذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة عوضا لثلاث يجمع عوضان (عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة)

(قوله وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة الخ) قوله : دخل هنا لا يكون عوضا عن الملك .

(وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهى كبيرة فلها النفقة من ماله) لأن التسليم قد تحقق منها . وإنما العجز من قبله فصار كالمحبوب والعين (وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها) لأن فوت الاحتباس منها بالمسألة ، وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه ، وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها . وعن أبي يوسف أن لها النفقة ، والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا .

خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ، ومن لا فلا تجب لها نفقة . وفي خزانة الفقيه أبى الليث : عشر من النساء لانفقة هن : الصغيرة التى لا تحتمل الجماع ، والناشزة إذا لم يكن لها عليه مهر ، وإذا اغتصبها ظالم فذهب بها . والمهبوسة في دين ، والمسافرة يمج إذا لم يكن معها زوجها ، والأمة إذا لم يوتها مولاه ، والمنكوحه نكاحا قاسدا . والمرتدة ، والمتوفى عنها زوجها ، والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة (قوله وإن كان صغيرا الخ) ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بأن كانا صغيرين لا يطقان ، ولو اعتبر جانبيه تجب ، ولو اعتبر جانبها لا تجب . وفي الذخيرة : لانفقة لها ، وأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعلوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا تستحق النفقة ، وعن هذا قلنا : إذا تزوج المحبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ، ولا يثنى إمكان عكس الكلام فيقال : يجعل المنع من جهتها كالمعلوم فتجب إلى آخره . والتحقق أن النفقة لا تجب إلا لتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيلزم وجوبها معه وجودا وعرضا فلا تجب في الصغيرين وتجب في الكبيرة تحت الصغير (قوله وعن أبى يوسف لها النفقة) أى في صورتى حبسها وغصبها لأنه لا منع من جهتها ، واختاره السخلى والفتوى على الأول وهو قول محمد لأن النفقة عليه عوضا عن احتباسه وإياها ، غير أنه إذا فأت الاحتباس لعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فتجب مع فواته ، فإذا كان للعنى من جهته لم يكن تقديرا قائما ففوات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير ، فتعذر علمه بعدم الحكم ، ونظيره ما لو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الأجر عليه لقوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر وإن لم يكن من جهة الآجر ، بخلاف ما لو حبس هو ظلما أو في حق يقدر على إنفاذه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الإسلام أو طلقها بعد الدخول ، وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبولغ وعدم الكفامة أو بسبب الحب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لقواته من جهته حقيقة أو معنى وإن لم يكن له تعمد

وقوله (وإن كان الزوج صغيرا) بيان ذكر العجز من جانبيه وهو ظاهر ، ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بأن كانا صغيرين لا يطقان الجماع ، فلو اعتبر جانب الصغير وجبت كما في الكبيرة ، ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبيرا . قال في الذخيرة : لانفقة لها لأن المنع لعنى جاء من جهتها . وأكثر ما يكون في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعلوم فالمنع من قبلها قائم ، ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة ، وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب . وقوله (وإذا حبست) ظاهر . وقوله (والفتوى على الأول) . يعنى على ظاهر الرواية ، وهو أن لانفقة للمغصوبة فيما مضى . وقوله (لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا) بيانه أن النفقة حرض عن الاحتباس في بيته ، فإذا كان القوات لعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا ، أما إذا كان القوات لعنى من جهته فلا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبلونه لا يجب النفقة .

(قوله وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب) أقول : وفيه بحث ، إذ لا نسلم أنه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة ، وإنما تستحقها أن

وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها . وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض علم ، ولكن يجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ، ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ، ولا يجب الكراه لما قلنا (فإن مرضت في منزل الزوج قلها النفقة) والقياس أن لانفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع . وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت ، والمساكن يعارض فأشبهه الحيض . وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ، ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن . وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه

فيه (قوله وكذا الخ) أى لانفقة لها إذا حجت مع محرم ، بخلاف ما إذا حجت مع الزوج فإن لها النفقة اتفاقا (قوله لأن إقامة الفرض علم) ولكن من جهتها والاحتباس القائل إنما يجعل باقيا تقديرا إذا كان الفرات من جهته ، ثم إذا وجبت عليه فالأرجح نفقة الحضر بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة لحقها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمرضية التي لا تستحق المداواة عليه (قوله لما قلنا) أى من أن نفقة الحضر هي المستحقة . وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة (قوله ويمسها) أى ويمسها استمتاعا ويلخل في مسها كذلك الجماع فيها دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس المرجح قائما ، وكذلك الرقاع والقراء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواحي والاستئناس . والله أعلم (قوله قالوا هذا حسن . وفي لفظ الكتاب إشارة إليه) وهو قوله وإن مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض . ولا يخفى أن إشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها إذا سلمت نفسها في منزله ، وقدمنا أنه يختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف ، وليس الفتوى عليه ، بل ظاهر الرواية وهو الأصح تعليقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوزا لمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف وهذه فرعيها ، واختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواحي وهو ظاهر الرواية . قال في الأصل : نفقة المرأة واجبة على الزوج وإن مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لا يستطاع جماعها . وفي شرح الطحاوى : إذا كبرت ولا تطيق الجماع أو بها شيء يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة . وقال الحلواني : قالوا إذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وإن كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا تقييد للأول . قال في الخلاصة : لو كانت مريضة

وقوله (وكذا إذا حجت مع محرم) يعنى بدون الزوج لا تجب النفقة (لأن فوت الاحتباس منها . وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض علم) وكلامه واضح ، وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنها هي المستحقة عليه . وقوله (فإن مرضت في منزل الزوج) على ما ذكره في الكتاب ظاهر ، وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين . وقوله (وفي لفظ الكتاب) يعنى القدورى (ما يشير إليه) وهو قوله فإن مرضت في منزل الزوج فإنه يشير إلى أنها سلمت نفسها إلى منزل الزوج فمرضت فيه .

(قال : ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسرا ونفقة خادهم) والمراد بهذا بيان نفقة الخادم . ولهذا ذكر في بعض النسخ : وتقرض على الزوج إذا كان موسرا نفقة خادهم .

ومعها زوجها أو لا قبل الدخول أو بعده تجب . وفي الأقضية : لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء تجب . وفي الجامع الكبير : سواء أصابها هذه العوارض بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيها إذا لم تكن مانعة نفسها . وهذا جواب ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف : لاتفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن طؤها قبل أن ينقلها . وإن انتقلت من غير رضاه يردّها إلى أهلها ، أما إذا نقلها هو إلى بيته مع علمه بذلك لا يردّها إلى أهلها انتهى ، كاه من الخلاصة . وبه يظهر لك ما حكينا به فيمن اختار قول أبي يوسف ، ثم عن أبي يوسف في التي مرضت في منزله إذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها (قوله وتفرض على الزوج النفقة الخ) قال المصنف : والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ، وهو اعتدال عن تكرار نفقتها ولا يتحقق على متأمل أن التكرار ليس بلازم أصلا ليجتاز إلى الاعتدال عنه فإن ما تقدم ليس إلا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز القرض للقاضي ولا جوازه ولا هو ملزومه فإن القرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الأقضية . الرجل إذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وإن لم يكن على هذه الصفة تفرض إذا طلبت فأفاد ما قلنا ، ثم إذا فرض فالزوج هو الذي يلي الإنفاق إلا إذا ظهر عند القاضي مطلا فحينئذ تفرض النفقة ويأمره أن يعطيها لتنفق على نفسها ، فإن لم يعط حيسه ، كذا في الخلاصة . وقيد اليسار أثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع ، فعند علمه ينتهي القرض لكن باتقاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في القرض الأصح والأيسر ، ففي المحترف يوما يوما : أي عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لأنه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة ، وهذا بناء على أن عليه أن يعطيها معجلا ، ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك المساء لتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم ، وإن كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر ، أو من الدهاقين نفقة سنة بسنة ، أو من الصناع الذين لا ينقض عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك . ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله له أن يتمتع من إعطاء الزائد ، وفي الأقضية يفرض الإدام أيضا أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن ، وقيل في الفقيرة لا يفرض الإدام إلا إذا كان غيب شعير ، والحق الرجوع في ذلك إلى عرفهم ، ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والأشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الوضوء عليها ، فإن كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها ، وإن كانت فقيرة فلما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها ، وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لأنه مثونة الجماع ، وفي كتاب رزين جعله عليها ، وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليا أو أقل فعليه ، وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج ، فإن جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول عليه لأنه مثونة الجماع ، ولقائل أن يقول عليها كأجرة

(وقوله) ويفرض على الزوج النفقة لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسرا مكررا اعتد به قوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر . واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج ، فهم من قال : المملوك لها حتى لو كانت حرة أو لم تكن مملوكة لها لاستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لأن استحقاقها نفقة الخادم إنما هو باعتبار ملك الخادم ، فإذا لم يكن لها خادم لا يستوجبها كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ، ومنهم من قال : كل من يخدمها جرة كانت أو مملوكة لها أو غيرها تستحق

ووجهه أن كتابتها واجبة عليه ، وهذا من تمامها إذ لا يد لها منه (ولا يفرض لأكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد .

الطبيب . وفي المحيط : إذا كان الزوج عليها دين فقال احسبوا لها منه نفقة كان له ذلك ، بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وإن لم يقاصه . وتفرض الكسوة كل سنة أشهر إلا إذا تزوجها وبني بها قبل أن يبعث إليها الكسوة فإن لها أن تطالب بها قبل مضي ستة أشهر ، والكسوة كالنفقة في أنه لا يشترط مضي المدة ، ولأزوج أن يرفع إلى القاضي ليأمرها بلبس الثوب لأن الزينة حقه ، وإذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتخرقت قبل مضيا وإن لبست لبسا معتادا تبين أن ذلك لم يكفها فتجدد لثيبي خطته في التقدير ، وإن تخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها أخرى ، ولو سرت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم ، ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم ، كذا في الأقضية . ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيراً يحدد لها الكسوة إذا فرغ الفصل ، ولو لبست دائماً ولم تتخرق لم يحدد لها إذا فرغ الفصل ، ولو فرض لها دراهم فيبيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقي منها شيء في الشهر الآخر أيضا يفرض وفي المحارم لا يفرض . وفي أدب القاضي للخصاف يفرض قميص وملحفة . وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسره ويسرته . ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ، ولم يذكره محمد أصلاً . قال السرخسي : لم يوجب محمد الإزار لأنه للخروج وليس لها ذلك ، ولها لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى . وقيل اختلاف عرف والعرف إيجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسة في البيت ، فالقاضي ينظر إلى عرف كل قوم فيفرض بالعرف ، فعلى المعسر قال محمد : درع يهودي وملحفة زطية وخمار إبريسم وكساء أذربيجاني ، ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار إبريسم ، فذكر في الأصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء ، إلا أن القميص يكون محبباً من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ، ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم ، وفي كسوة الخادم ذكروا الإزار والخف والمكعب . وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف ، أما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ماتنام عليه ، وينبغي أن يكون لها فراش على حدة ، ولا يكتفى بفراش واحد لها ، لأنها قد تنفرد في الحيض والمرض ، وفي الأثر : « فراش لك وفراش لأهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان » . وإذا أرسل ثوباً فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له ، فإن أقاما البينة على إقرار كل منهما يدعوى الآخر أو على نفس مدعاه ، فالبينة بينة الزوج لأنه هو المدعى للخصاء ، وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة أوقال من المهر وقالت نفقة ، وكذا في جميع قضاء الديون إذا كانت من وجوه مختلفة (قوله ووجهه أن كتابتها الخ) ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أم منه ؟ قال بعضهم المملوك ، فلم يكن لاستحقاق ، وقال بعضهم : كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو غيرها . وفي الفتاوى الصغرى : لو كانت المنكحة أمة لاستحققت نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الأشراف ، ويوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال في أدب القاضي : فرض محتاج إليه من الدقيق والدهن والحم والإدام فقالت لا أخبز ولا أعجن . لا أعالج شيئاً من ذلك لاجتبر عليه ، وعلى الزوج أن يأتي بمن يكفها عمل ذلك . وقال الفقيه : هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والحيز أو كانت ممن لا تبأشر ذلك بنفسها ، فإن

وقوله (ولا يفرض لأكثر من خادم واحد) ظاهر .

وقال أبو يوسف: نفرض لخادمين لأنها محتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج، ولهذا أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى اثنين، ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا - فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه، وقالوا: إن الزوج المورس يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المورس من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية. وقوله في الكتاب إذا كان موسرا إشارة إلى أنه لا يجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهو الأصح خلافا لما قاله محمد لأن الواجب على المورس أدنى الكفاية وهي قد تكفي بخدمة نفسها (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) وقال الشافعي: يفرق،

كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله. وفي بعض المواضع تجبر على ذلك. قال السرخسي: لا تجبر. ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيا الإدام وهو الصحيح. وقالوا: إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة، ولا يجبرها القاضي على ما منذكره أيضا إن شاء الله تعالى (قوله وقال أبو يوسف لخادمين) وهكذا ذكره في فتاوى أهل سمرقند. ووجه الدفع ظاهر من الكتاب (قوله ولأنه لو تولى) أي الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الأقضية لو قال الزوج أنا أنخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك. وقال بعض مشايخنا يقبل. وعن أبي يوسف في رواية أخرى: إذا كانت فاققة في الفتي زفت إليه مع خدم كثير استحققت نفقة الكل عليه، وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي (قوله خلافا لما يقوله محمد رحمه الله) وهو أنه إذا كان لها خادم يفرض لها لأنها لم تكف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا. وجه الظاهر أنها بحيث تكفي بخدمة نفسها، وإنما الخادم لزيادة التعم فلا يلزمه إلا حالة اليسار لأن المورس إنما يلزمه أدنى الكفاية فقط، وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالها، وأنه عند إعساره دونها يتفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه يجب نفقة الخادم دينا عليه، ولو لم يكن للمرأة خادم لا يجب لها نفقة، لأن استحقاقها للدفع حاجتها وحاجتها إلى نفقة الخادم إنما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال، والغايي إذا شهد الواقعة بلا فرس وأغنى غنم الفارس لا يسهم لهم الفرس، والله أعلم. ولو كانت له أولاد لا يكتفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا. وفي التجنيس: امرأة لها ممالك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهرى فأنفق فقال لا أجعلها من المهر لأنك استخدمتهم، فما أنفق بالمهر عرف عسوب عليها لأنه بأمرها (قوله ومن أعسر بنفقة امرأته الخ) بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وهما بن أبي سليمان والظاهرية، ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن

وقوله (وقالوا) يعني المشايخ (إن الزوج المورس يلزمه نفقة الخادم) واليسار ههنا مقدّر بنصب حرمات الصدقة لا بنصب وجوب الزكاة. وقوله (وهو أدنى الكفاية) يعني تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الإدام دون الخبز، وأعلى الإدام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن. وقوله (خلافا لما قاله محمد) يعني ما قاله محمد إن الزوج إذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته، لأنه إذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا. وقوله لأن الواجب على المورس أدنى الكفاية دليل الأصح (ومن أعسر بنفقة امرأة لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) أي اشترى الطعام نسيئة على أن تقضي الثمن من مال الزوج (وقال الشافعي: يفرق،

لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فينبوب القاضى منابه فى التفريق كما فى الجلب والعتة ، بل أولى لأن الحاجة إلى الشفقة أقوى .

يؤدى الزوج ثمنه . وقال الخصاص : الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج ، ويقول الشافعى قال مالك وأحمد فى ظاهر قوله ، وعنه رواية كقولنا ، وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن ، وهذا التفريق فسخ عند الشافعى ، وأحمد طلاق عند مالك . ولو امتنع عن الإتفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه . ماله ويصرفه فى نفقتها ، فإن لم يجد ماله يجبره حتى ينفق عليها ولا يفسخ ، وعن هذا ما ذكر فى النهاية حيث قال : ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضرا ، أما إذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الأمر إلى القاضى فكتب القاضى إلى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة ؟ قال الشيخ الإمام أبو الحسن السبغى : نعم إذا تحقق العجز عن النفقة . قال صاحب النخبة : فى هذا الجواب نظر ، والصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة بلواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الإتفاق لا العجز عنه ، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأعضاءه جاز قضاؤه ، والصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس فى محله فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ذكره فى الفصل الثانى من فصول الإمام الأستروشى فتكون الشهود علمت مجازه مجاز فهم فلا يقضى بها كما ذكره ظهير الدين . واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بمعنى فقره ليجيء ما قال وهو أن تعذر النفقة عليها . قال القاضى أبو الطيب من الشافعية : إذا تعذرت النفقة عليها بغيره ثبت لها الفسخ . قال فى الحلية : وهو وجه جيد فلا يلزم مجيء ما قال ظهير الدين (قوله لأنه عجز الخ) استدلو بالمتقول والمعقول ، أما المتقول . فاقى سنن النسائى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم وساق الحديث إلى أن قال : وأبدا بمن تحول ، فقيل من أحول يارسول الله ؟ قال : امرأتك تقول أطعمنى وإلا فارقتى ، خادمتك تقول أطعمنى واستعملنى ، ولذلك يقول أطعمنى إلى من تركنى ؟ وهكذا فى جميع نسخ النسائى وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبى صالح عن أبى هريرة وسعيد ومحمد ثقتان . وقال الدارقطنى : حدثنا أبو بكر الشافعى : حدثنا محمد بن بشر بن مطر ، حدثنا شيان بن فروخ ، حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المرأة تقول لزوجها أطعمنى أو طلقنى » الحديث . وقال الدارقطنى : حدثنا حماد بن أحمد السهاك وعبد الباقي بن قانع وإسماعيل بن على قالوا : أخبرنا أحمد بن على الخزان ، حدثنا إسحاق بن إبراهيم البارودى ، حدثنا إسحاق بن منصور ، حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما . وبهذا الإسناد إلى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبى صالح عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله . وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا سفيان بن أبى الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال نعم ، قلت سنة ؟ قال سنة . وهذا ينصرف إلى سننه صلى الله عليه وسلم . وخاتمة أن يكون من مراسيل سعيد ، والشافعى يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقا ، وأما المعقول فالقياس على الجلب والعتة بل أولى ، لأن البدن يبق بلا وطء ولا يبقى بلا قوت ، وأيضا متفعة الجماع مشتركة بينهما ، فإذا

لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف) فيلزمه التبريع بإحسان ، فإن أبى نأب القاضى منابه كما فى الجلب والعتة ،

ولنا أن حقه يطل وحققها يتأخر : والأول أقوى في الضرر . وهذا لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فستوفى الزمان الثاني ، وفوت المال وهو تابع في النكاح لابلحق بما هو المقصود وهو التنازل . وفائدة الأمر بالاستئذنة مع الفرض أن يمكنها

ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه في المختص بها أولى ، وقياساً على المرقوق فإنه يبيعه إذا أعسر بنفخته (قوله ولنا) المنقول والمعنى ، أما المنقول فقوله تعالى - وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة - وغاية النفقة أن تكون ديناً في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص ، وأما المعنى فهو أن في إلزام الفسخ إبطال حقه بالكلية وفي إلزام الإنظار عليها والاستئذنة عليه تأخير حقها ديناً عليه ، وإذا دار الأمر بينهما كان التأخير أولى ، وبه فارق الجلب والعتة والمملوك لأن حق الجماع لا يصير ديناً على الزوج ، ولا نفقة المملوك تصير ديناً على المالك ، ويخص المملوك أن في إلزام بيعه إبطال حق السيد إلى خاف هو الثمن ، فإذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في إلزامه بيعه ، إذ فيه تحلّص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدل الثمن مقامه للسيد ، بخلاف إلزام الفقرة فإنه إبطال حقه بلا بدل ، وهو لا يجوز بدلالة الإجماع على أنها لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه ، وأما المروى عن سعيد بن المسيب في قوله إنه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد ثبت عنه إطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك . قال الطحاوي : كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الأرض كالرجل إلى ثلث الدية ، فإذا زاد على الثالث فحالها على النصف من الرجل . قال ربيعة بن عبد الرحمن : قلت لسعيد بن المسيب : ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة ؟ قال : عشر من الإبل ؛ قلت : فإن قطع لأصبعين ، قال : عشرون من الإبل ، قلت : فإن قطع ثلاثاً ، قال : ثلاثون من الإبل ، قلت : فإن قطع أربعاً من أصابعها ، قال : عشرون من الإبل ، قلت : سبحان الله لما كثرت أعضاؤها واشتد مصابها قل أرشها . قال إنه السنة . قال الطحاوي لم يكن ذلك إلا عن زيد بن ثابت ، فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتياداً على ما عن أبي هريرة موقوفاً عليه ، هذا بعد تسليم صحته ، ولا نقدر روى عن سعيد كقولنا فاضطرب المروى منه فيطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر ، وأما المروى عن أبي هريرة مرفوعاً عند النسائي والدارقطني فلا شك في أن رصفه غلط ، وإنما هو من قول أبي هريرة . روى البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفضل الصدقة ماترك

بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى من الجماع لأن انقطاع الأول مدة مهلك دون الثاني ، وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق (ولنا أن حقه) بالتفريق (يطل) إذ لا يصل إليه إلا بسبب جديد ، وحققها يتأخر لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فيستوفى في الزمان الثاني (والأول أقوى في الضرر) فيتحمل أدنى الضررين لدفع الأعلى . وقوله (وفوت المال وهو تابع) جواب عن القياس على الجلب والعتة . وتقريره أن هذا قياس مع الفارق وهو باطل ، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجلب والعتة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتنازل ، ولا يلزم من جواز الفقرة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع . فإن قيل : لفائدة في الإذن لها بالاستئذنة بعد فرض القاضي النفقة لها لأنها صارت ديناً بفرضه . أجاب بأن فائدة الأمر بالاستئذنة مع الفرض أن يمكنها

إحالة الغريم على الزوج ، فإما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج (وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصصته تم لها نفقة المוסر) لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار ، وما قضى به

غنى « وفي لفظ : « ما كان عن ظهر غنى ، واليد العليا خير من اليد السفلى ، وأبدأ بمن تعول ، تقول المرأة إما أنا تطعمني وإما أنا تطلقني ، ويقول العبد أطعمني واستعملني ، ويقول الولد أطعمني إلى من تدعني » قالوا : يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : لا هذا من كيس أبي هريرة ، ثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ، ثم ليس في قول أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق ، وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ، ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يجبس على أحد الأمرين عينا وهو الاتفاق ، فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغي مما يطلع به ضرر الدنيا ، مثل - وأشهدوا إذا تبايعتم - يعنى ينبغي أن يبذل بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشئوا عليك إذا استهلك النفقة لغريم كما ذكرنا ، وأما ما تقدم من رواية الدارقطني عن أبي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبي هريرة الذى سبق ذكره من رواية النسائي وروايته ذكره ابن القطان في الوهم والإيهام (قوله إحالة الغريم على الزوج) أى وإن لم يرش الزوج وفي التحفة : فالأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهى ترجع على الزوج ، وهذا لأن الاستدانة بإيجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهى أنها لا تسقط بموت أحدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سذكره إن شاء الله تعالى . وفي شرح المختار : المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسرا وأخ نفقته على زوجها ويؤمرا الابن أو الأخ بالاتفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويجبس الابن أو الأخ إن امتنع لأن هذا من المعروف . قال شارح الكنز : تبين بهذا أن الإدانة لنفقتها إذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج ، وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأخ والعم ثم يرجع به على الأب (قوله تم لها نفقة اليسار) هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض فإن ما ذكره أول الباب قول الخصام ثم بنى الحكم على قول الكرخي ، ولو كان فرض على قدر حاله وحاله مقدارا ثم خلا السر كان لها أن تطالبه بأن يزيد في النقص ، ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص (قوله وما قضى به

إحالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج ، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها الزوج) واعلم أن العجز عن النفقة إنما يظهر عند حضور الزوج ، وأما إذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فوفرت الأمر إلى الحاكم الشافعي ففرق بينهما . قال مشايخ سمرقند : جاز تفريقه لأنه قضى في فصلين مجتهد فيهما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب . وقال صاحب اللخيرية : الصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه ، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض فأمضاء فالصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه إذ العجز لم يثبت ، وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصصته تم لها نفقة الموسر لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار . وقوله (وما قضى به) جواب عما يقال ينبغي أن لا يتم لها نفقة اليسار لأن فيه نقض القضاء الأول .

تقدير لنفقة لم تجب ، فإذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها (وإذا مضت مدة لم يتفق الزوج عليها وغالبتها بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى) لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالمدة لا لتوجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصالح بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي . بخلاف المهر لأنه عوض

تقدير لنفقة لم تجب (لأن النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا يقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ، ولأنه كان بشرط الإعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله (قوله لم يتفق عليها) بأن غاب عنها أو كان حاضرا وامتنع . والحاصل أن نفقتها لا تثبت ديناً في ذمته إلا بقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فإنه يثبت ذلك المقدار في ذمته ديناً إذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد . وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي تصير ديناً عليه إلا إن كانت أكلت معه بعد الفرض فلها تسقط بالمضى عند مالك والشافعي في الأصح (قوله لأنها صلة) أى من وجه (قوله وليست بعوض) أى من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه وذلك لأنها جزء الاحتباس ، فمن حيث أنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس هي عوض ، ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ، ومن حيث أنه لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة كإففاف كل الآخر وتحصيله عن الماسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمضى فلا تملك إلا بالقبض فلا اعتبار أنها عوض قلنا تثبت إذا قضى بها أو اصطلاحاً لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه ، ولا اعتبار أنها صلة قلنا تسقط إذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملاً بالدليلين بقدر الإمكان . وذكر في الغاية معزواً إلى اللخيرية أن نفقة مادون الشر لا تسقط ، فكانه جعل القليل ما لا يمكن الاحتراز عنه ، إذ لو سقطت بمضى يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ أصلاً وهذا حق وقد تقدم الوجه . وقوله في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من إثبات أنه صلة من وجه مرتب على تردها بين الصلة المحضة والعوض المحض ، ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ، ومن ادعى على امرأة نكاحاً وهي تجحد فأقام البينة لافقة لها ، وكذا إذا كان الزوج هو المنكر ولقال أن يقول ينبغي أن تجب لأنها صارت مكذبة شرعاً وكذا الزوج وإلا فلا يخفى ما فيه من الأضرار وفتح باب

وتقريره ما مضى به تقدير لنفقة لم تجب لأن النفقة تجب شيئا فشيئا . وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازماً لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه ، وإذا لم يكن لازماً لم يستحكم فيه حكم الحاكم ، فإذا تبدل حاله جازها لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء نفقة الإعسار على المومر ، لأن ما لا يكون لازماً قللوا حكمه الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغير ، وكذلك حكم عكس هذه المسئلة . وقوله (وإذا مضت مدة) ظاهر . وقوله (على ما مر من قبل) يريد قوله لأن المهر عوض عن الملك ، ولا يجمع العوضان عن عوض واحد . فإن قيل : ما تقدم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي أن تكون عوضاً عن الاستمتاع والقيام عليها . قلت : ينافيه لأنه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفاً في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضاً فإن قيل : لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب . أجيب بأنها صلة من وجه ، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالتحراج ، فلذا ثبت أنها صلة لا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالمدة لا لتوجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض

(وإن مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهر سقطت النفقة) وكذا إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالمدة تبطل بالموت قبل القبض . وقال الشافعي رحمه الله : نصير ديننا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنه فصار كسائر الديون . وجوابه قد بيناه (وإن أسلفها نفقة السنة) أي عجلها (ثم مات لم يترجع منها شيء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وقال محمد رحمه الله ، يحتسب ما

الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة مع حبسها) (قوله وإن مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهر سقطت) هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتها وأطلقه فشمّل ما إذا كان القاضي أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاف ، والصحيح ما ذكر الحناكّم الشهيد أنه إذا كان أمرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لأن الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضي فكان كاستدائنه : أي الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما ، وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الأمر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط (قوله لأن النفقة صلة والصلة تبطل بالموت) فإن قيل : قد قلّم لأنه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكدا للاستحقاق كالقبض في المدة فينبغي أن يبقى الوجوب بعد الموت كالمدة المقبوضة . فالجواب أن بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير الصلة كغير الصلة ، وإذا كان معنى الصلة باقيا أثر الموت في سقوطه بسبب أنه يبطل الأهلية بالكلية فكان أقوى في إبطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت إلى زيادة وهو الأمر بالاستدانة ، وفي حال الحياة لم تبطل الأهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها .

[فرع] إبراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ؟ لأن كانت غير مفروضة لا يصح لأنه إبراء قبل الوجوب ، وإن كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صباح في الشهر الأول فقط ، وكذا لو قالت أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ إلا من شهر إلا أن يكون فرض لها كل سنة كذا لأن القاضي إذا فرض كذا كل شهر فلإنما فرض مهما يتجدد الشهر فما لم يتجدد الفرض ، وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الإبراء

والصالح فيها بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي . وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعرض (وإن مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة) وما كان أمرها بالاستدانة عليه (ومضى شهر سقطت النفقة وكذلك إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالمدة تبطل بالموت قبل القبض) وإنما قيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لأنه إذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لأن القاضي لما أمرها بذلك كان استدائنه استدانة الزوج لعدم ولايته عليها ، ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت ، فكلما إذا استدانت بحكم القاضي . فإن قيل : القياس على المدة قبل القبض غير صحيح لأنها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ، ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد . أجيب بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لأن المعنى من الصلة أن يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك قلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت . قال في الإيضاح : إنها وإن صارت ديناً عليه لكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض . وقوله (وقال الشافعي) ظاهر وقوله (وجوابه قد بيناه) إشارة إلى ما تقدم من قوله . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضاً عن البضع . قال (وإن أسلفها نفقة السنة) يعني إذا عجل لها نفقة السنة ثم مات أو ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركها بشيء في قول أبي حنيفة

نفقة ماضى ومابقى فهو الزوج) وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى . وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها امتنعجات عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس ، وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقتله كرزق القاضى وعطاء المقاتلة . ولهما أنه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع فى الصلوات بعد الموت لانتهاء حكمها كما فى المبة . ولهذا لو هلك من غير استهلاك لا يسترد شىء منها بالإجماع . وعن محمد رحمه الله أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو مادونه لا يسترجع منها شىء لأنه يسير فصار فى حكم الحال (وإذا تزوج العبد حرة فنفقها دين عليه يباع فيها) ومناه إذا تزوج بإذن المولى لأنه دين وجب فى ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق بربقته كدين التجارة فى العبد التاجر ، وله أن يفدى لأن حقها فى النفقة لا فى عين الرقبة ، فلو مات العبد سقطت ، وكذا إذا قتل

عنها . ولو أبرأته بعد ماضى أشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر (قوله ومابقى الزوج) فرده . وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة المالك بالاتفاق والفتوى على قولهما ، والموت والطلاق قبل الدخول سواء . وفى نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا ، فقبل ترد . وقيل لا يسترد بالاتفاق لأن المدة قائمة فى موته كذا فى الأقضية (قوله ولا رجوع فى الصلوات بعد الموت) بخلاف القاضى ونحوه لأن تصرف الإمام فى بيت المال مقيد بشرط النظر ، والنظر أن يؤخذ منه ويعطى لمن يلى بعده من القضاة (قوله وعن محمد) وهو رواية ابن رستم عنه : لا ترد نفقة الشهر وما دونه . فلهذا وضعها فى السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد . ولذا لو قبضت نفقة أشهر فأت أحدهما والباقى شهر فأقل لا يرجع بشىء . وفى الأخيرة نفقة العدة تسقط بمضى المدة كنفقة النكاح . فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد . وهل يقاس على الموت ؟ قال الحلوانى : فيه كلام . وفى الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلوانى قال : المختار عندى لا تسقط (قوله فنفقها دين عليه) أى إذا قضى القاضى بها فيباع فيها ، فإذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضى ظهر الببب فى حقه أيضا ، فإذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا ، وكذا حاله عند المشتري ولم يجز . ولا يباع مرة بعد أخرى إلا فى دين النفقة لأنها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر فى حق السيد فهو فى الحقيقة دين حادث عند المشتري ، وأما إذا لم يعلم المشتري بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لأنه عيب اطلع عليه (قوله إذن المولى) لأنه لو كان بغير إذن فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ، ودخل بها طولب بالمهر بعد العتق . ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرس سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشىء لفوات محل الاستيفاء . ولو كان مديرا أو مكاتباً أو ولداً أم ولداً ولا يباع بالنفقة بعدم جواز البيع ، إلا أن المكاتب إذا عجز يباع حيثنل لأنه حيثنل قبل النقل ، ولذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لأن أمه إن كانت أمة فالولد عبداً مولاه فنفقته على المولى ، وإن

وأبى يوسف . وقال محمد : يحتسب لها بنفقة ماضى ومابقى للزوج إن كان قائماً وقيمته إن كان مستهلكاً وهو قول الشافعى . ووجه كل من الجانبين ما ذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (لأنه يسير فصار فى حكم الحال) يعنى إذا أخذت النفقة الواجبة فى الحال لا تسترد بالموت ، فكذلك لا تسترد إذا عجل لها نفقة الشهر . وقوله (وإذا تزوج العبد حرة) ظاهر قال خمس الأئمة السرخسى : فإن بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يبع ثانياً وليس فى شىء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة ، وهذا لأن النفقة يتجدد وجودها بمضى الزمان فذلك فى حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون ، فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يؤخذ المولى بشىء لفوات محل الاستيفاء .

في الصحيح لأنه صلة (وإن تزوج الحر أمة فبوأها مولاهما معه مئزلا فعليه النفقة) لأنه تحقق الاحتباس (وإن لم يبوئها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس ، والتبوة أن يخل بينها وبينه في مئزله ولا يستخدمها ، ولو استخدمها بعد التبوة سقطت النفقة لأنه فات الاحتباس ، والتبوة غير لازمة على مامر في النكاح ، ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها لانسقط النفقة لأنه لم يستخدمها ليكون استردادا ، والمذبذبة وأم الولد في هذا كالأمة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

كانت حرة فولده حر ، ولا تجب نفقته على مملوك ولا على مولاه لأن ولده أجنبي منه ، وكلها المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى ، وإذا كانت امرأة المكاتب مكاتبتهما لمولى واحد فنفقة الولد على الأم لأن الولد تابع للأم في كتابتها حتى كان كسب الولد لها ، وكذا أرش الجناية عليه (قوله في الصحيح) احتراز عما عن الكرخي أنها تنتقل إلى قيمته لأنها خلفه ، قال الشيخ أبو الحسن القدوري : هذا ليس بصحيح لأن النفقة تسقط بالموت لأنها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض ، والقيمة إنما تقام مقام الرقية في دين لا يسقط بالموت (قوله وإن تزوج الحر أمة) قيد الحر اتفاقا لافرق بين الحر والعبد والمذبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوة ، وإنما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بطريق الأولى فإنه إذا لم تجب على الحر الذي هو أدخل في أهلية وجوب المال عليه يلزم أن لا تجب على ما ذكر (قوله لعدم الاحتباس) أي من الزوج والمنع من السيد ، وإن كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره ، بخلاف منعها لنفسها لحقها كالمهر فإن فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك (قوله والتبوة غير لازمة على ما مر في النكاح) في باب نكاح الرقيق ، ولا شك أن حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه ، فإذا بوأها فقد ترك حقه مادام لم يستردها ، واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فيها أسقط بل طلب حقه فيها يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا ، فكلما استردها سقطت ، فإذا رجع فبوأها وجبت ، ولو خدمت المولى أحيانا من غير استخدام واسترداد لانسقط نفقتها لأنه لم تبطل التبوة بذلك لعدم الاسترداد (قوله والمذبذبة وأم الولد في هذا) أي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوة (كالأمة)

وكلها إذا قتل . وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول الكرخي إنها تكون في قيمته . قال الشيخ أبو الحسن القدوري : الصحيح أن تسقط لأنها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض ، والقيمة إنما تقوم مقام الرقية في دين لم يسقط بالموت لافي دين يسقط به ولم يذكر المذبر والمكاتب إذا تزوجا بإذن المولى والنفقة فيما تتعلق بالكسب (وإن تزوج الحر أمة فبوأها) ظاهر . وقوله (فلا نفقة لها لعدم الاحتباس) قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لأجل صداقها فينبغي أن لا تسقط . وأجيب بأن الحرة إذا حبست نفسها لصداقها فالتبوة إنما جاء من قبل الزوج حين امتنع من إيفاء ما لزمه ، وأما ههنا فالتبوة ليس من قبل الزوج . وقوله والتبوة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بوأها مرة يجب عليه أن يعضى على ذلك ولا يتفرضا بالاستخدام . وتقرير الجواب التبوة غير لازمة (على مامر في النكاح) أي في باب نكاح الرقيق حيث قال : إذا بوأها ثم بدأ له أن يستخدمها كان له ذلك لأن حق المولى لم يزل بالتبوة كما لم يزل بالنكاح . وقوله (ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها) ظاهر (وأم الولد في هذا) أي في عدم وجوب النفقة (والمذبذبة كالأمة) ولم يذكر المكاتب

(فصل)

(وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك) لأن السكنى من كفائتها فتجب لها كالنفقة ، وقد أوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة : وإذا وجب حقها ليس له أن يشرك غيرها فيها لأنها تنصرف به ، فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع ، إلا أن تختار لأنها رضىت بانتقاص حقها (وإن كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها) لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفأها لأن المقصود قد حصل (وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها)

ولم يذكر معها المكاتبه لأنها في استحقاق النفقة إذا تزوجت بإذن المولى كالحره لاختصاصها لنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة .

(فصل)

(قوله ليس فيها أحد من أهله) وأما أمته فقيل أيضا لا يسكنها معها إلا برضاها ، والمختار أن له ذلك لأنه محتاج إلى استخدامها في كل وقت ، فإذا أفردا في بيت لا يتمكن من ذلك غير أنه لا يطؤها بحضرتها كما أنه لا يخل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرّة (قوله مقرونا بالنفقة) في قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - فإن المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم ، وكذلك قرأ ابن عباس : والسكنى بالملك أو الإجارة أو العارية واجبة إجماعا (قوله ليس له أن يسكنه معها) قبل إلا أن يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله إسكانه معها (قوله ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفأها) اقتصر على الغلق أفاد أنه وإن كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه ، وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر ، وبه قال القاضي الإمام لأن الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ، ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الأجانب ، والذي في شرح المختار : ولو كانت في الدار بيوت وأبنت أن تسكن مع ضرّتها أو مع أحد من أهله إن أخل لها بيتا وجعل له

لأنها إذا تزوجت بإذن المولى فهي كالحره فلا تحتاج إلى التوبة لاستحقاق النفقة لأن منافعها على حكم ملكها لصيرورتها أخص بنفسها ومنافعها بعقد الكتابة ، ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحره .

(فصل)

لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى . قال (وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك لأن السكنى من كفائتها فتجب لها كالنفقة ، وقد أوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة) حيث قال - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - . وفي قراءة ابن مسعود وأسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم (وإذا وجب السكنى حقها فليس له أن يشرك غيرها فيها لأنها تنصرف به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع) وكلامه واضح .

(فصل) وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة

لأن المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعه من النظر إليها وكلامها في أي وقت اختاروا) لما فيه من قطعية الرحم ، وليس له في ذلك ضرر ، وقيل لا يمنعه من الدخول والكلام ، وإنما يمنعه من القرار والدوام لأن الفتنة في الباث وتطويل الكلام ، وقيل لا يمنعه من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعه من الدخول عليها في كل جمعة ، وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح

مراقف وغلقا على حدة ليس لما أن تطلب بيتا ، ولو شكت أنه يضرها أو يؤذيها إن علم القاضي ذلك زجره وإن لم يعلم سأل من جيرانه فإن لم يوفق بها أو كانوا يميلون إليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضي على خبرهم (قوله لما فيه) أي المنع من المكالة (من قطعية الرحم) في الصحيح «لا يدخل الجنة قاطع» ، وفيه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الرحم شجنة من الرحمن» ، قال الله : من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته ، والشجنة بكسر الشين وضمة هاء . قال أبو عبيد : قرابة متبكرة كاشبة للعروق ، وقال الخطابي : يعني بالشجنة الوصلة (قوله وقيل لا يمنعه من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعه من الدخول إليها في كل جمعة) ظاهر الخلاصة أن في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولها فإنه قال في الفتاوى : للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال ، وما هو في معنى الأربع ترك الزينة والزوج يريد بها ترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشة وترك الصلاة . وفي رواية : والفلس والخروج من البيت أما ملائمتهم من زيارة الأبوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة ، وكذا إذا أراد أبوها أو قريبها أن يجيء إليها على هذا الجمعة والسنة انتهى . وقوله هو الصحيح احتراز عما ذهب إليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر . وعن أبي يوسف في النوادر تقييد خروجها بأن لا يقترأ على إتيانها ، فإن كانا يقترآن على إتيانها لا تذهب وهو حسن ، فإن بعض النساء لا يشق عليها مع الأب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتتمنع ، وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليها ، وقد أشار إلى نقله في شرح المختار ، والحق الأخذ بقول أبي يوسف إذا كان الأبوان بالصفة التي ذكرت ، وإن لم يكونا كذلك ينبغي أن يأذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف ، أما في كل جمعة فهو بعيد ، فإن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا إذا كانت شابة والزوج من ذوى الهيئات ، بخلاف خروج الأبوين فإنه أيسر ، ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو محتاج إلى خدمتها والزوج يمنعه من تعاهده فعليها أن تغضبه مسلما كان الأب أو كافرا . وفي مجموع النوازل : فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن ، والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعبادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام ، فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك ، فإن وقعت لها نازلة إن سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج ، وإن امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه ، وإن لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتتعلّم مسألة من مسائل الوضوء

وقوله (وهو الصحيح) احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فإنه يقول : لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر

(قال المصنف : وقيل لا يمنعه من الخروج إلى الوالدين إلخ) أقول : وفي مجموع النوازل ، فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعبادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ، ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام : قال ابن القيم ، وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالته قاضيان . قال في فصل الحمام من فتاواه : دخول الحمام مشروع لرجال والنساء جميعا إلى آخر مقاله

(وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالنزوجة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار والولديه ، وكذا إذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به) لأنه لما أقر بالنزوجة والودعية فقد أقر أن حق الأخذ لما ألان لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه ، وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا

والصلابة إن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له أن يمنعه ، وإن كان لا يحفظ الأولى أن يأذن لها أحيانا ، وإن لم يأذن فلا شيء عليه ، ولا يسمعه الخروج ما لم يقع لها نازلة . وفي الفتاوى في باب القراءة : المرأة قبل أن تقبض مهرها لما أن تخرج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج ، فإن أعطاها المهر ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج ، ولا تسافر مع عبدها خصيا كان أو فحلا ، وكذا أبوها المحبوس والمهرم غير المراهق ، بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنا عشر سنة ، ولا تكون المرأة محرما لامرأة ، وحيث أباحت لها الخروج فلما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى مالا يكون داعية إلى نظر الرجال والاستيالة ، قال الله تعالى - ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى - وقول الفقيه : وتنع من الحمام خالقه فيه قاضيه خان . قال في فصل الحمام من فتاواه : دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس . روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور ، وخالد بن الوليد دخل حمام حمص ، لكن إنما يباح إذا لم يكن فيه إنسان مكشوف العورة انتهى . وعلى ذلك فلا خلاف في منعهم من دخوله للعلم بأن كثيرا منهم مكشوف العورة . وقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها التمسائي والتملذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام إلا بمئزر ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام » وعن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الحمام حرام على نساء أمي » رواه الحاكم وقال صحيح الإسناد . ورد استثناء النفساء والمريضة . رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال إلا بالإزار ، وامنعوها النساء إلا مريضة أو نفساء » وفي سندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفرقي وهو مختلف فيه ، قال أحمد : ليس بشيء قال ابن حبان : يروى الموضوعات عن الثقات ، قال الحافظ المنذرى : وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء ، وكان يقرى أمره ويقول : ومقارب الحديث . وقال الدارقطني : ليس بالقوي ، ووثقه يحيى بن سعيد ، وروى عياض عن يحيى بن معين : ليس به بأس ، وقال أبو داود : قلت لأحمد بن صالح أيجتمع به : يعني عبد الرحمن بن زياد ، فقال نعم (قوله يعترف به وبالنزوجة) في حق الزوجة كان ينبغي أن يزيد قوله وبالنسب في الولد والوالد لأنه رتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار والولديه (قوله وكذا إذا علم القاضي ذلك) أي كلا الأمرين ، أما لو علم أحدهما احتاج في القضاء بالدفع إليهم إلى إقرار من عنده أو عليه في الصحيح دون البيعة (قوله وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما هنا) فإنه أولى أن يقبل لإقراره على نفسه بثبوت حق الأخذ لما في يده أو عليه إذا كان ديننا وذلك

(وإذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالنزوجة وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار والولديه) وإن لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكل ذلك ، لأنه لما أقر

فإنه لو أنكر أحد الأمرين لانتقل بينة المرأة فيه لأن المودع ليس بنقصم في إثبات الزوجية عليه ولا المرأة نقصم في إثبات حقوق الغائب ،

لأنه لا طريق إلى إثبات حق الأخذ لها بما في يده أو عليه إذا كان ديناً إلا اعترافه ، بخلاف غيره فإن الحق يثبت فيه بالينة كما يثبت بالاعتراف ، ولا سيما مركب من لا النافية للجنس ومتفهماً وهو سوى ومعناه المثل ، قال الشاعر :

فإياكم وحية بطن واد هوس الناب ليس لكم بى

أى بمثل ولا شبيه ، وهو واحد سيان بين قولك هما سيان ، وأصله سوى قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة أو لاجتماعها مع الياء وسبق إحداهما بالسكون ، فإن جررت ما بعد ما كريد مثلاً في قولك أكرمنى القوم لا سيما زيد فهو على أن سيا مضاف إلى زيد وما زائد مقحم كقوله :

كل ماسى وإن أمسروا وارءو الخوض الذى وردوا

وإن رفعته فعلى أن سيا يضاف إلى ما وهو موصول اسمى حلف صدر صلته ، والتقدير لا مثل الذى هو زيد ، وجاز كونه مضافاً مع أن اسم لا يجب كونه نكرة لأنه بمعنى مثل ، ومثل لا يتعرف بالإضافة وخبر لا مخوف ، وإذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الأصل في الجر ، بالزيادة بين المضاف والمضاف إليه ، وفي الرفع يحذف صدر صلة الموصول ، وهو إنفاً يقاس إذا طالت الصلة . واختار المحققون الجر على الرفع لأن زيادة ما أوسع من حذف المبتدأ مع ما ينضم إليه من كونه في خصوص ذلك الموقع ، وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضاميين مجموع فتكافأ ، وأما نصب ما بعد ما فقال ابن الدهان صاحب القرة : لا أعرف له وجهاً ، وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر والرفع ، وذكر بيت امرئ القيس :

ألا رب يوم لك منهن صالح ولا سيما يوم بدارة جليل

بالوجهين ولم يذكر فيه النصب ، لكن قد روى النصب فيه أيضاً فقل على الظرف ، وقيل على التشبيه بالمفعول ، وقيل بمجموع لاسياً بمنزلة إلا ، ومعنى الإخراج الذى يقتضيه إلا فيها هو الإخراج من ذلك الحكم بإثبات ما هو أبلغ منه ، فإذا قلت أكرمنى القوم لاسياً زيد فقد أثبت له أبلغ من إكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف إحدى الياءين

بالزوجية والودعة فقد أقر بأن لها حق الأخذ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضا لخديث هند امرأة أبي سفيان ، وإقرار صاحب اليد مقبول في نفسه لاسياً ههنا ، فإن إقراره ههنا أشد قبولاً من إقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتبين طريق إثبات الحق في إقراره لعدم إثباته بالينة (فإنه لو أنكر أحد الأمرين من الزوجية أو الودعة لانتقل بينة المرأة فيه) أى في أحد الأمرين لأن إقامتها إن كانت لإثبات الزوجية فالمودع ليس بنقصم فيه ، وإن كانت لإثبات الودعة فالمرأة ليست بنقصم في إثبات حقوق الغائب ، وإذا ثبت عليه الحق بإقراره على نفسه تعدى إلى الغائب لكون ما أقر به ملكه ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا أحضر صاحب الدين غريباً للغائب أو مودعاً له وهما معترفان بثبوت دين المدهى على الغائب ، فإن القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الودعة والدين .

(قوله لتبين طريق إثبات الحق) أقول : أى عند القاضي (قوله لعدم إثباته الخ) أقول : أى لعدم إمكان إثباته .

وإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب ، وكلما إذا كان المال في يده مضاربة ، وكلما الجواب في الدين . وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها درهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها ، أما إذا كان من خلاف جنسه لا يفرض الثقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق ، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلائنه لا يباع على الحاضر وكلما على الغائب ، وأما عندهما فلائنه إن كان يقضى على الحاضر لأنه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه . قال (ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب لأنها بما استوفت الثقة أو طلقها الزوج وانقضت عتقها فرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالينة ولم يقولوا لانعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة لأن هناك المكفول له مجهول وهما معلوم وهو الزوج

ف قيل الأولى لأنها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى ، وقيل الثانية لأنها لام والإعلال في اللام أولى . (قوله وإذا ثبت في حقه) بإقراره أن حتى الأخذ لما في يده (تعدى إلى الغائب ضرورة . أورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو بمديون للغائب معترف بالدين والدوية فإنه لا يقضى عليه بالدفع إلى صاحب الدين . وأجيب بأن القضاء يتبع النظر للغائب ، ففي الأمر بالاتفاق نظره بإبقاء ملكه الثابت بالتكاح وإبقاء ما هو في معنى نفسه : أعنى قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير (قوله فإنه لا يباع على الحاضر) حتى لو امتنع عن أداء الدين وعنده أموال غير الأثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره أن يبيع هو ويقضى ، فإن لم يفعل حبسه أبدا حتى يبيع لأن البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ ، وعندهما

وأجيب بأن أمر القاضي في حق الغائب إنما هو للنظر له وفي الأمر بالاتفاق على المرأة ذلك إبقاء لملكه وليس في قضاء الدين نظر ، لأن فيه قضاء عليه بقول الغير بإزالة ملكه ، ثم إذا جاز للقاضي أن يأمر المودع بالاتفاق عليها بالينة المحتملة للكذب فلا يجوز يجوز يعلمه الذي لا يحتمله أولى ، وكلما إذا كان المال في يده مضاربة لأنه أمانة من وجه ، وكلما إذا كان ديناً . وقوله (وهذا) أى ما ذكرنا من جواز فرض القاضي الثقة إذا كان المال من جنس حقها في الثقة درهم أو دنانير أو طعاما أو كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة ، أما إذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض الثقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق ، أما عند أبي حنيفة فلائنه لا يباع على الحاضر لأن البيع عليه إنما يكون بطريق الحجر ، والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح ، فكذلك على الغائب ، بل بالطريق الأولى . وأما عندهما إن كان يقضى على الحاضر لأنه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع . فلا يقضى على الغائب لعدم ذلك . قال (ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب) من عنده المال إذا اعترف به وبالبزوجة ينظر القاضي فيحلفها أنها ما استوفت الثقة ، فإذا حلفت دفع إليها الثقة وأخذ منها كفيلا لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على إيفاء نفقتها ، فإن اتفق ذلك كان الزوج غيرا في أخذ أيهما شاء من المرأة ، والكفيل وكلامه واضح ،

(قوله وأجيب بأن أمر القاضي ، إلى قوله : بإزالة ملكه) أقول : وفيه اعتراف باحتياج ما ذكر في مقام الصلح إلى قسمية ليم (قوله بالاتفاق عليها بالينة الخ) أقول : فيه بحث لما تقدم أننا أن طريق إثبات الحق هنا منحصر في إقراره . والجواب أن مراده بالينة هو إقرار المودع (قوله وقوله وهذا : أى ما ذكرنا من جواز فرض القاضي الثقة الخ) أقول : الزوجة أو الولد أو الرالدين على تقدير اعتراف المودع أو المضارب أو المديون بتكاد الأمرين أو علم القاضي بذلك وهذا معنى قول المصنف كله كما لا يخفى (قوله امتناعه المشروط) أقول : قوله المعزوف صفة الامتناع .

ويحلفها بالله ما أعطاهما النفقة نظراً للغائب . قال (ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهولاء) ووجه الفرق هو أن نفقة هولاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي إعانة لهم ، أما غيرهم من المحارم فنفتقهم إنما تجب بالنسبة لأنه مجتهد فيه ، والقضاء على الغائب لا يجوز ، ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرراً به فأقامت البيعة على الزوجية أو لم يخلف مالا فأقامت البيعة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضى القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب . وقال زفر : يقضى فيه لأن فيه نظراً لها ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها ، وإن جحد يخلف ، فإن نكل فقد صدق ، وإن أقامت بيعة فقد ثبت حقها ، وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة ، وعمل القضاة اليوم على هذا أنه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه ،

يبيع على الحاضر إذا امتنع من البيع (قوله ويحلفها بالله ما أعطاهما النفقة) ثم إذا جاء الغائب فهو على حجة في إعطاء النفقة ، وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعاً أصله حديث هند امرأة أبي سفيان المتقدم . وعن هذا قلنا لو كان للغائب حال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية أطلق الأخذ منه ، ولا يكون هذا قضاء بل إيفاء ، والإيفاء لا يمتنع بسبب الزوجية ، ألا يرى أن من أقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الإيفاء منه أجابه إلى ذلك (قوله إلا لهولاء) وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ، ويستدرك عليه الأولاد الكبار الإناث والذكور الكبار الزمى ونحوهم لأنهم كالصغار للمعجز عن الكسب (قوله فنفتقهم إنما تجب بالقضاء) لاشك أن الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة ، وإنما المراد أنه لما كان مجتهداً فيه فقد يتمتع تمسكاً بقول من يرى أن لا تجب النفقة فلا يبين عليه قول الوجوب إلا القضاء به فينتهي تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه إذا امتنع . وفي الكافي : لو أنفق المديون أو المودع نفقة هولاء بغير أمر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق

(ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهولاء) يعني زوجة الغائب وولده الصغار والديه ، أما غيرهم من المحارم كالإخوة والأخوات والأعمام والعلمات فلا يقضى بنفتقهم فيه . ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب . وقوله (لأن مجتهد فيه) قيل لأن الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين ، وفيه نظر سيأتي . وقوله (ولو لم يعلم القاضي بذلك) متصل بقوله وكذا إذا علم القاضي بذلك . وقوله (و) لو (لم يكن) يعني الرجل (مقرراً به) متصل بقوله يعترف به وبالزوجية . وقوله (فأقامت البيعة على الزوجية) يعني في الصورتين إذا كان ثمة وديعة ولكن ينكر الزوجية أو أقامتها ليفرض القاضي نفقة فيما إذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضي بالزوجية وكلامه ظاهر .

(قال المصنف : ويحلفها بالله ما أعطاهما النفقة نظراً للغائب) أقول : وفي غاية البيان ولم يحل بها ولا أبرأه منها . وفيه بحث إلا أن يراد الإبراء في صورة الاعتلاج (قال المصنف : أما غيرهم من المحارم فنفتقهم إنما تجب بالقضاء) أقول : قال تاج الشريعة : يعني أن الأداء إنما يجب به ، أما نفس الوجوب فثابت عندنا أنه . ولا ظن للقاضي بإيجاب ماله يكن أوجه النشر ، لأنه يكون قد شرع وليس كذلك لغير رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله وفيه نظر سيأتي) أقول : يعني سيأتي بعد ورقتين ، ولعل وجه النظر أنها ثابتة بالدليل القطعي وهو قوله تعالى - وحل الوارث مثل ذلك - فمخلاف الشافعي رحمه الله لا يستبعد كسلاف ابن المنيب في التحليل بالنكاح ومخلاف الشافعي في حل مبروك التسمية عامداً وسيشرح الخارج أن الآية دليل على ذلك في الحلق (قال المصنف : ولو لم يعلم القاضي بالغيب) أقول : ولو علم القاضي بالزوجية دون المال واشترط المودع بالإبراء دون الزوجية ينبغي أن يفرض النفقة ولم أر بعد عين المسئلة (قوله يعني في الصورتين) أقول : بل ذلك

وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها .

(فصل)

(وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان أو باتنا)

عليه ، ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالإلتحاق من الوديعة أولاً لأنه أنظر للغائب فإن الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة (قوله وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها) منها قول أبي حنيفة أولاً : إذا جحد المدينون أو المودع الزوجية تسمع بينها على الزوجية لأنها تدعى حقاً فيها في يده من المال بسبب فكان خصماً في إثبات ذلك السبب ، كمن ادعى بيتاً في يد إنسان أنه له اشتراه من فلان الغائب ، ثم رجع إلى أنها لا تقبل منه وهو قولها لأنها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصماً فيه . ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينها على الزوجية ليفرض لها إذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستئذنة ، ثم رجع إلى قولها ، وقول زفر في ذلك متقرر ، ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف أقوى عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك .

[فروع] في الفتاوى : امرأة قالت إن زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلاً بالنفقة . قال أبو حنيفة : ليس لها ذلك ، وقال أبو يوسف : أخذ كفيلاً بنفقة شهر واحد استحساناً ، وعليه الفتوى ، فلو علم أنه يمكث في السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر . وعن أبي يوسف أيضاً : لو كفل بنفقته ما عاشت أو كل شهر أو ما بقى النكاح بينهما صح . وقال أبو حنيفة : هو على شهر واحد ، ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وإن لم تكن واجبة ، ولو طلقها رجعيًا أو باتنا والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لأن العدة من أحكام النكاح .

(فصل)

وقوله (في هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها) من تلك الأقاويل ما ذكروه من قولهم إذا جحد المدينون أو المودع الزوجية بينهما والمال في يده ، فقد كان أبو حنيفة يقول أولاً : تقبل بينها على الزوجية ، ثم رجع فقال : لا تقبل بينها . ومنها ما إذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضي أن يسمع بينها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستئذنة لم يجب إلى شيء من ذلك لأن هذا قضاء على الغائب ، وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولها . وأما قول أبي حنيفة الأول وهو قول زفر يوجبها إلى ذلك وهو المذكور في الكتاب ، وإن كان للغائب دين أو وديعة وكل من المدينون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يأمر أولاً بالإلتحاق من الوديعة لأن القاضي نصب ناظرًا ونظر الغائب في البلادة بالوديعة لأنها تحتمل الهلاك ، بخلاف الدين .

(فصل)

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيانها بعد المفاخرة (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان أو باتنا)

في الصورة الأولى ، وأما إثباتها في الصورة الثانية فيجوز أيضًا عقيد (قوله ومنها ما إذا لم يكن للزوج الع) أقول فيه : تسامح ، والمراد ظاهر .

(فصل) (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة)

وقال الشافعي : لانفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا ، أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطء ، وأما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس قالت : « طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لى رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة » ولأنه لا ملك له وهى مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه ، بخلاف ما إذا كانت حاملا لأن عرفناه بالنص - وهو قوله تعالى - وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن - الآية . ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا ، والاحتباس قائم فى حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد

(قوله وقال الشافعي رحمه الله : لانفقة للمبتوتة) وهى المطلقة ثلاثا والمختلعة إذ لا يبنونة عنده بغير ذلك (إلا أن تكون حاملا) فإن فى بطنها ولده ، وحديث فاطمة بنت قيس رواه فى صحيح مسلم « أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال : والله مالك علينا من سبيل ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ليس لك نفقة ، وأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك ، ثم قال : تلك امرأة يغشاها أصحابى اعتدى عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك ، فإذا حللت فأذنينى ، قالت : فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان وأبا جهم خطباني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، أنكحى أسامة بن زيد ، فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به » وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه « لانفقة لك ولا سكنى » ورواه أيضا وقال فيه « إن أبا حفص بن المغيرة خرج مع على بن أبى طالب رضى الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها » وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هى تمام الثلاث ، وأمرها الحرت بن هشام وعياش بن أبى ربيعة بنفقة فسخطها فقالا : والله ليس لك نفقة إلا أن تكونى حاملا ، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ، قولها فقال : لانفقة لك . زاد أبو داود فى هذا بإسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبى ربيعة والحرت بن هشام ولا نفقة لك : إلا أن تكونى حاملا » وفى شرح الكنز نسبه إلى مسلم لكن الحق ما علمت . وفى رواية لمسلم « أن أبا حفص

وقال الشافعي : لانفقة للمبتوتة) وهى التى طلقها الزوج ثلاثا أو طلقها بعوض وإن كانت واحدة (إلا إذا كان حاملا ، أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطء) كما تقدم (وأما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس (الخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه . وقوله (لآنا عرفناه) أى وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى - وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن - والدليل على أنه فى المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى - حتى يضمن حملهن - والنفقة فى غير المطلقات غير مغاية بوضع الحمل .

(قال المصنف : أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم) أقول : فيه أن الزوجية زالت عند الشافعي رحمه الله لوجود القاطع على ما مر فى آخر باب الرجعة (قوله والدليل على أنه فى المطلقات آخر الآية) وهو قوله تعالى : حتى يضمن حملهن - والنفقة فى غير المطلقات غير مغاية (الخ) أقول : فيه أن مفهوم الآية غير معتبر عند الحنفية على ما يصرح به الفارح فى كتاب البيع وإن صرح بغيره بخلافه ، والأولى أن يستدل برجوع النصير إلى المطلقات لأن سياق النظم فيها إلا أن يكون المراد الإزالة .

فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملا . وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضى الله عنه ، فإنه قال : لا تدع كتاب ربنا وستة نينا يقول امرأة لا تدرى صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة » ورواه أيضا زيد ابن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضى الله عنهم (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لأن احتسابها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فإن التبر بص عبادة منها .

ابن المنقريه الخزوى أطلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن ، فقال لها أهله : ليس لك علينا نفقة ، فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأثروا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة « الحديث . والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم ظعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه ، والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من هذه الأمور ، أما ظعن السلف فقد ظعن عليها فيه أكابر الصحابة عن سند ذكر مع أنه ليس من عادتهم الظعن بسبب كون الراوى امرأة ولا كون الراوى أعرابيا . فقد قبلوا حديث فريمة بنت مالك بن سنان أنحت أبي سعيد الخدري في اعتداد المتوفى عنها زوجها مع أنها لا تعرف إلا في هذا الخبر ، بخلاف فاطمة بنت قيس فإنها تعرف بذلك الخبر ويخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته ، ثم قد ظهر لها من الفقه ما أفاد علما وجملة قدر ، وهو مافى صحيح مسلم من « أن مروان أرسل إليها قبيصة بن أبي ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به ، فقال مروان : لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة سناخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها ، فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان يبنى وبينكم القرآن ، قال الله تعالى - لا يخرجون من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتيهن بفاحشة مبينة - إلى قوله تعالى - لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا - قالت : هذا لأن كانت له مراجعة ، فأمر يحدث بعد ذلك ؟ فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا فعلم محبسونها ؟ » وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلالي وحده وهو أعرابي ، فجزمنا أن رده عمر وغيره لخبرها ليس إلا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له ، وقد استقر الحال عليه بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بين السلف إلى أن روت فاطمة رضى الله عنها هذا الخبر مع أن عمر رده ، وصرح بالرواية ، بخلافه في صحيح مسلم عن أبي إسحاق قال : كنت مع الأسود بن يزيد جالسا في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي فحدثت الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا

وقوله (وصار كما إذا كانت حاملا) اعترض عليه بأن الحائض لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص غائقة . وأجيب بأن الغائقة رفع الاشتباه ، وبيانه أن الحائض تستحق النفقة ثلاثة قروء ، وكان يشبهه بأن الحامل أيضا تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال : لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن . وقوله (ولا تدع كتاب ربنا) يريد به قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع إلى ما يملك به ، أما الإسكان فإنه قد يملك إسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الإنفاق من غير ملكه ، وكان تقديره والله أعلم ماتلاه ابن مسعود : وأنفقوا عليهن من وجدكم . وقوله (ستة نينا) يريد به قوله : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة » وقوله (ورواه أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد) هو زوج فاطمة الزاوية ، فإن أسامة كان إذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء فيده . وقالت عائشة : تلك المرأة قتلت العالم : أي برؤايتها هذا الحديث . وقوله (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) ظاهر .

نفقة ، فأخذ الأسود كفا من حصا فحصبه به وقال : وبلك تحدث بمثل هذا . قال عمر : لا تترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لاندري حفظت أم نسيت ، لما السكني والنفقة ، قال الله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - فقد أخبر أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لها النفقة والسكني . ولا ريب في أن قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف إذا كان قائله عمر رضى الله عنه . وفيما رواه الطحاوى والدارقطنى زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « المطلقة ثلاثا النفقة والسكني » وقصارى ما هنا أن تعارض روايته بروايته ، فأى الروایتين يجب تقديمها ؟ وقال سعيد بن منصور : حدثنا أبو معاوية ، حدثنا الأعمش عن إبراهيم قال : كان عمر رضى الله عنه إذا ذكر عنده حديث فاطمة قال « ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة » فهذا شاهد على أنه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكني فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ ، والنفقة إذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ، ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان : سناخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها ، والناس إذا ذاك هم الصحابة ، فهذا في المعنى حكاية إجماع الصحابة ، ووصفه بالعصمة . وفي الصحيحين عن عروة أنه قال لعائشة ألم ترى إلى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة ، فخرجت فقالت : بئس ما صنعت ، فقال : ألم تسمى إلى قول فاطمة ؟ فقالت : أما إنه لا خير لها في ذكر ذلك . فهذا غاية الإنكار حيث نفت الخبر بالكلية عنه ، وكانت عائشة : أعلم بأحوال النساء فقد كن يأتين إلى منزلها ويستمتين منه صلى الله عليه وسلم وكثر وتكرر . وفي صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت لفاطمة : ألا تتقى الله تعالى : تعنى في قولها : لاسكني ولا نفقة . وقال القاضى إسماعيل : حدثنا نصر بن على ، حدثني أبى عن هارون عن محمد ابن إصحاق قال أحسبه عن محمد بن إبراهيم أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس : إنما أخرجك هذا اللسان : يعنى أنها استطلت على أحماتها وكثر الشر بينهم فأخرجها عليه الصلاة والسلام لذلك . ويفيد ثبوته عن عائشة أن سعيد بن المسيب قد أحسج به وهو معاصر عائشة ، وأعظم متبع لأقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ، ولولا أنه علمه عنها ما قاله ، وذلك ما في أبى داود من حديث ميمون بن مهران قال : قلت المدينة فدفعته إلى سعيد بن المسيب فقلت : فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها ، فقال سعيد : تلك امرأة فثبت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم . وهذا هو المناسب للنصيب ابن المسيب فإنه لم يكن لينسب إلى صحابية ذلك من عند نفسه ، وكذا هو والله أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال : خروج فاطمة إنما كان عن سوء الخلق ، رواه أبو داود في سننه عنه . ومن رده زوجها أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم . روى عبد الله بن صالح قال : حدثني الليث بن سعد ، حدثني جعفر عن أبى هريرة عن أبى سلمة بن عبد الرحمن قال : كان محمد ابن أسامة بن زيد يقول : كان أسامة إذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك : يعنى من انتقالها في حديثها رماها بما في يده انتهى . هنا مع أنه هو الذى تزوجها بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان أعرف بالمكان الذى نقلها عنه إلى منزله حتى بنى بها ، فهذا لم يكن قطعاً إلا لعلمه بأن ذلك غلط منها ، أولعلمه بمخصوص سبب جواز انتقالها من اللسان أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضا ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله الميسر . وقال

الليث : حدثني عقيل عن ابن شهاب قال : أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال : فأُنكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل أن تحل . وفي معجم الطبراني بسنده عن إبراهيم أن ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا : « المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة » . وأخرج الدارقطني عن حرب بن أبي العالبة عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المطلقة ثلاثا لها النفقة والسكنى » قال عبد الحق : إنما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع ، أو كان عن الليث عن أبي الزبير ، وحرب بن أبي العالبة أيضا لا يصح به ضعفه ابن معين ، والأشبه وقفه على جابر ، وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يد قول من ذكر أن جابرا على قول فاطمة ، وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والظعن . وأما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات أنه طلقها وهو غائب ، وفي بعضها أنه طلقها ثم سافر ، وفي بعض الروايات أنها ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته ، وفي بعضها أن خالد بن الوليد ذهب في نفر فسأله صلى الله عليه وسلم ، وفي بعض الروايات سمى الزوج أبا عمرو بن حفص ، وفي بعضها أبا حفص بن المغيرة ، والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث . ومن رد الحديث زيد بن ثابت مروان بن الحكم . ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والأسود بن يزيد ، ومن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وعقل كثير ممن تبعهم . فإن قيل : هذا العمر بتقدير ثبوته إنما أسقط تلك للسكنى والحال أنه صلى الله عليه وسلم قال لها : لا نفقة لك ولا سكنى ، قلنا : ليس علينا أولا أن نشغل ببيان العلل عما روت ، بل يكفي ما ذكرنا من أنه شاذ يخالف لما كان الناس عليه ، ولم يروى عمر في تركه كائنا هو في نفسه ما كان . إلا أن الاشتغال بذلك حسن حملا لمروها على الصحة ، ونقول : فيه أن علم السكنى كان لما سمعت ، وأما عدم النفقة فلأن زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند أحد سوى الشعر الذي بعث به إليها فطالبته هي أهله على ما في مسلم من طريق أنه طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله : ليس لك علينا نفقة الحديث . فلذلك قال صلى الله عليه وسلم لها « لا نفقة لك ولا سكنى » على تقدير صحته لأنه لم يخلف مالا عند أحد ، وليس يجب لك على أهله شيء فلا نفقة لك على أحد بالضرورة ، فلم تفهم هي الغرض عنه صلى الله عليه وسلم ، فجعلت تروى نفى النفقة مطلقا فوقع إنكار الناس عليها ، ثم إن في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - قد علم أن المراد : وأنفقوا عليهن من وجدكم ، وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له ، وهذه الآية إنما هي في البوائن يدلل المعطوف وهو قوله تعالى - عقيبه - ولا تضاروهن لتضييقنا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن - ولو كانت الآية في غير المطلقات أو في الرجعيات كان التقدير : أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم ، وأنفقوا عليهن من وجدكم ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن . ومعلوم أنه لا معنى حينئذ لجعل غاية إيجاب الإنفاق عليها الوضع ، فإن النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت أو لا ، وضعت حملها أو لا ، بخلافه ما إذا كانت في البوائن فإن فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المصلحة الحامل في تمام مدة الحمل لعلها والاقتصار على

ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ، ولأن النفقة تجب شيئا فشيئا ولأملك له بعد الموت فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لأنها صارت حاسبة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشرة ، بخلاف المهر بعد الدخول لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطء ، وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاية لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها ، وإن مكنت ابن زوجها) من نفسها (فلها النفقة) معناه : مكنت بعد الطلاق ،

ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، وكذا قوله تعالى - لا يخرجهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - فإنه عام في المطلقات ، وقوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف - يرجع إلى الرجعيات منهن ، وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر (قوله ألا يرى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على أن وجوبها لحق الشرع عبادة فإنها لو لم تخص فيها انقضت العدة مالم يظهر حمل ، وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ، ويعارض ذلك انقضاؤها إذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة . وأنت إذا أنعمت النظر فيها ذكرنا في باب العدة في المسئلة تداخل العديتين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه (قوله وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بمعصية) احتزر به عما يحىء من قبل الزوج مطلقا وعما يحىء من قبلها بغير معصية فإن لها النفقة فيهما ، والحاصل أن الفرقة إما من قبله أو قبلها . ففي الأول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعاه أو عتته أوجه بعد الحلاوة ، ويشكل على إيجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من أنه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته ، أو لإيلائه مع عدم فيه حتى مضت أربعة أشهر ، أو لإيائه الإسلام إذا أسلمت هي ، أو ارتدت هو فعرض عليه الإسلام فلم يسلم لأن بمعصيته لا تحرم هي النفقة وأما الثاني فلما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو إيائها إذا أسلم هو وهي وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لأنها والحالة هذه حاسبة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة ، وإما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاية ووطء ابن الزوج لها مكروهة تجب لأنها حبست نفسها بحق لها أو علرت شرعا فيه ، ولها السكنى في جميع الصور لأن القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها ، أما النفقة فحق لها فتجأزى بسقوطه بمعصيتها (قوله بخلاف المهر بعد الدخول) يعنى أنه يجب لها وإن جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لأنه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية (قوله وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها) لاعتين الردة هنا لأن الفرقة لم تجيء بسببها نهى وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث

وقوله (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) إنما لم يتعرض للسكنى لأنها واجبة بأى فرقة كانت لأن القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها ، فأما النفقة فواجبة لها تسقط بمعصية من قبلها ، وأما الردة فقد ذكرها شيخ الإسلام في مبسوطه وقال : إنما تسقط نفقة المرتدة إذا أخرجت للحبس من بيت العدة ، وأما إذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها ، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) والفرق ما ذكره في الكتاب

لأن الفرقة ثبتت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين ، إلا أن المرتدة تحبس حتى تنوب . ولا نفقة المحبوسة والممكنة لا تحبس فهذا يقع الفرق .

سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط والعياذ بالله بالردة ، وإنما تسقط في هذه الردة إذا أخرجت وحبت إذ لا نفقة للمحبوسة كما أشار إليه المصنف في التعليل ، أو إذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ، ولو حبست أو لحقت فعادت إلى الإسلام ورجعت إلى بيتها عاد استحقاتها بالنفقة . وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت إلى بيتها مسلمة أو مرتدة عادت نفقتها ، بخلاف ما بعد اللحاق ، بخلافه ما ذكر في النخبة : لو عادت إلى دار الإسلام فلها النفقة والسكنى ، ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما إذا حكم بلحاقها ، وما في النخبة على ما قبل الحكم به . بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بالردة ؛ فإنها لو أسلمت وعادت إلى منزلها لا تجب لها نفقة لأنها المقتوة للملك النكاح وهو لا يعود يعودها إلى المنزل مسلمة ، ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي . وفي شرح الطحاوى : الأصل أن كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت إلى حال لا نفقة لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة . وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده ، فلو طلق الأمة بائنا وكانت مبروءة معها بيتا فأخرجها المولى إلى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها ، فإن أعادها إلى بيت الزوج تأخذ النفقة ، ولو لم يكن يوأها المولى فطلقت فأراد أن يزوجها مع الزوج في العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة . وأورد عليه ما لو كانت ناشرة يوم الطلاق ثم عادت إلى المنزل في العدة فإنها تعود نفقتها . وأجب بأن النفقة كانت واجبة إلا أنها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذ ، وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الأصل المذكور . ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الإياس فتعتمد بثلاثة أشهر . وعن هذا قلنا : لو صالح المتهمة على نفقة العدة بشيء معلوم ، إن كانت العدة بالشهور جاز لأنها معلومة ، وإن كانت بالحيض لا يجوز لأنها مجهولة لاحتمال أن يمتد الطهر بها ، وإذ لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة إلا أن تكون مفروضة . ولو أبرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح ، ولو أبرأته عنها في عقد الخلع صح لأن الإبراء في الخلع إبراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز . وأما الأول فالإبراء إسقاط وإسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز ، ثم القول قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها إذا كانت من ذوات الحيض : ولو كانت ادعت حبلا وأنفق عليها إلى ستين ، فإن قالت بعدها كنت اعتقدته حبلا فظهر أنه ليس بإيه وأنا حائل لم أحض وقال بل ادعت الحبلى كذباً وظهر كذبك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي إلى قوله ويأمره بالإفراق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل في سن الإياس فتعتمد بثلاثة أشهر ، ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينتق عليها إلى ثلاثة أشهر . وقال الفضل : لا تنقض عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبليها فينتق عليها حتى تنقض عدتها ، كما ذكر هذا الفرع بعضهم . وفي الخلاصة : عدة الصغيرة ثلاثة أشهر إلا

وهو واضح . قال في النهاية : وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات الثلاث ، وأما المتهمة بالطلاق الرجعي إذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشبهة وهي مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لأن الطلاق الرجعي لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة سبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة ، بخلاف الطلاق البائن .

(فصل)

(نفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة)

إذا كانت مراقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط اهـ من غير ذكر خلاف وهو حسن . وفيها : رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الأول فرّق بينها وبين الزوج الثاني ولا نفقة لها على الزوج الأول حتى تنقضي عدة الثاني ، فإن طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الأول ولا على الثاني مادامت في عدة الثاني ، فإذا انقضت عدة الثاني تجب ، ولو تزوجت المعلقة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج ، كذا في الأقضية . وفي الفتاوى قال : تجب على الزوج الأول ، هكذا ذكر في المحيط ، وتأويله إذا تزوجت في بيت العدة ، أما إذا خرجت فلا .

(فصل)

(قوله ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد) قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الإطلاق بل الأب إما غني أو فقير ، والأولاد إما صغار أو كبار ، فالأقسام أربعة : الأول أن يكون الأب غنياً والأولاد كباراً ، فلما إناث أو ذكور ، فالإناث عليه نفقتهن إلى أن يتزوجن إذا لم يكن لهن مال ، وليس له أن يؤاخرهن في عمل ولا خدمة وإن كان لهن قدرة ، وإذا طالت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الأب ، والذكور إما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عي أو شلل أو ذهاب عقل فعليه نفقتهم ، وكذا إذا كان من أبناء الكرام لا يجرد من يستأجره فهو عاجز ، وكذا طلبة العلم إذا كانوا لا يبتلون إلى الكسب نفقتهم على آبائهم ، قال الحلواني : ورأيت في موضع : هذا إذا كان بهم رشد ، وقوله لا يشاركه فيها أحد على الإطلاق في الصغار ، أما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي . وإن لم يكونوا عاجزين لافقة لهم . الثاني أن يكون الأب غنياً وهم صغار ، فلما أن يكون لهم مال أو لا ، فإن لم يكن فعليه نفقتهم إلى أن يبلغ الذرحد الكسب وإن لم يبلغ الحلم ، فإذا كان هذا كان للأب أن يؤاخره وينفق عليه من أجرته وليس له في الأثني ذلك ، فلو كان الأب مبلراً يدفع كسب الابن إلى أمين كما في سائر أملاكه ، وإن كان لهم مال فلما حاضر أو غائب ، فإن كان حاضراً فنفتهم في ما لهم لا يجب على الأب شيء منها ، وإن كان غائباً وجبت على الأب ، فإن أراد أن يرجع في ما لهم ينفق بإذن القاضي في ذلك ، فلو أنفق بلا أمره ليس له الرجوع في الحكم إلا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع ، ولو لم يكن أشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع ، وفيها بينه وبين الله تعالى يحل له أن يرجع . الثالث أن يكون الأب فقيراً ، فإن كانوا أغنياء وكباراً .

(فصل)

(لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الأولاد الصغار على الأب خاصة لا يشاركه فيها غيره) في ظاهر الرواية ، وقد زوى عن أبي حنيفة أن النفقة على الأب والأم أثلاثاً بحسب ميراثهما لقوله تعالى - وعلى الوارث

(فصل)

لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - والمولود له هو الأب

قادرين فلا إشكال أن نفقته هو عليهم ، وإن كانوا صغارا أغنيا فكذاك أيضا . الرابع أن يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والأب أيضا عاجز عن الكسب ، فالخصاف قال : يتكفف الناس وينفق عليهم . وقيل نفقتهم في بيت المال ، وإن كان قادرا على الكسب اكتسب ، فإن امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون : ولا يحبس والد وإن علا في دين ولد له وإن سفل إلا في النفقة لأن الامتناع إلتاف النفس ولا يحل للأب ذلك ، وكذا لو عدا الأب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه إلا بقتله حل له قتله ، وإذا لم يكسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أفق عليهم القريب ورجع على الأب إذا أيسر . وفي جوامع الفقه : إذا لم يكن للأب مال والجد أو الأم أو الخال أو الوالد مؤسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الأب إذا أيسر ، وكذا يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب ثم يرجع عليه ، فإن كان له أم مؤسرة فنفقته عليها ، وكذا إذا لم يكن له أب إلا أنها ترجع في الأول ، وما نقل ابن قدامة عن الأئمة الأربعة من عدم الرجوع فيه نظر ، وإن كان له جد وأم مؤسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها على الجد وحده لجملة كالأب . وبه قال الشافعي . وفي نفقات الشهيد : خلع امرأته وغاب عنها فطالبت بهم ففعل المثلث نفقتهم وعلى الأم الثلث إذا كانا مؤسرين ويكون دينها على الأب يرجعان عليه إذا كان بأمر الحاكم . قال القاضي : هذا إذا كانت النفقة منقطعة (قوله لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وجه الاستدلال أنه أوجب على الأب رزق الوالدات . وعبر عنه بالمولود له لانتبيه على علة الإيجاب عليه . وهو الولاد له لما عرف من أن تعليق الحكم بمشتق بعيد كون مبدأ الاشتقاق علة له ، فإذا وجب نفقة غيره بسببه فوجب نفقة نفسه أولى ، وحين ثبت نفقته بطريق أولى تبين أن نفقة الوالدة هي نفقة الولد لأن الولد يحتاج إليها في الحلمة والربية والرضاع ، حتى إن الابن الذي هو مؤتمن إنما يستحيل لبنا من غذائها ، فإيجاب نفقتها عليه إيجاب نفقته عليه ، إذ ليست النفقة سوى إخراج ما يحتاجه المحتاج إليه لكفايته ، وقد تقدم في الكتاب ما يشير إلى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وإن كانت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى . في الخلاصة . قال هشام : سألت عمدا عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولأنه جزؤه

مثل ذلك - ووجه الظاهر قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - قيل في وجه الاستدلال أن رزق الوالدات لما وجب على الأب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الأولى . وبيان ذلك أن وجوب نفقتهم عليه كان بسبب الولد لأن الحكم ترتب على مشتق ، وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني ، وفيه نظر لما تقدم أن علة نفقتهم على الزوج هو الاحتباس ، ولا يجوز أن يكون غيره علة لثلاث يتوارد علتان على معلول واحد . وإجابات أن العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة إذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد ، وكما يجب النفقة على نفسه يجب على جزئه ، والاحتباس علة للعلة والعقد الصحيح سبب يفضي إليه ، فيجوز إضافة الحكم إليه قبل تحقق الولاد ، فإذا تحقق يضاف الحكم إليه ، ويجوز أن يقال استدلك بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف . وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لأن كلا منهما لا يقبل الاشتراك ، فكذا النفقة الباقية بهما ، وإذا اتفق الاشتراك فلما أن ثبت على الأب أو على غيره لا سبيل إلى

(قوله ويجوز أن يقال استدلك بالآية على) أقول : يأبى من الحمل على ذلك قوله فيما ساق . أما الولد فلا يطلق النص (قوله لا يقبل الاشتراك) أقول : فيه تأمل .

(فإن كان الصغير رضيعا فليس على أمه أن ترضعه) لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالثقة ولأبها عساهما لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه . وقيل في تأويل قوله تعالى - لا تضار - بالضرورة بولدها - بإلزامها الإرضاع مع كراهتها . وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم ، وذلك إذا كان يوجد من ترضعه ، أما إذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر الأم على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع . قال (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) أما استئجار الأب فلأن الأجر عليه ، وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها (وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يميز لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة . قال الله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - إلا أنها علرت لاحتمال عجزها ، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لأن النكاح قائم ، وكذا في المبتوتة في رواية ، وفي رواية أخرى : جاز استئجارها لأن النكاح قد زال . وجه الأولى أنه باق في حق بعض الأحكام (ولو استأجرها وهي منكوتة أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز)

فكان كنفه (قوله وليس على الأم أن ترضعه) يعنى في الحكم إذا امتنعت وإن كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذى سنذكره (قوله وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم) أى عدم الجبر ببيان الحكم قضاء بمعنى أنها إذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها ديانة ، وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ، ولا يجبرها القاضي عليه إذا امتنعت لأن المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع (قوله وذلك) أى عدم الجبر إذا وجد من ترضعه ، فإذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثلثي غيرها أجبرت على إرضاعه صيانة له عن الضياع . وذكر الحلواني أن ظاهر الرواية لا تجبر لأن الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤذى ترك إجبارها إلى التلف ، وإلى الأول مال القلورى والسرخسى وهو الأصوب ، لأن قصر الرضيع الذى لم يأسن الطعام على الدهن والشراب سبب ترضيه وموته (قوله معناه إذا أرادت ذلك ، لأن الحجر لها) أى التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم ، وقد قدمنا من اختيار الفقهاء المنطوق والسرمدى أنها تجبر على الحضانة ، وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيد ما قدمناه ، ثم لا يلزم المرضعة أن تمكث في بيت الأم إلا أن يشترط ذلك ، بل لما أن ترضعه ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان أو تحمل الصبي معها إليه أو تقول أخرجه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي إلى أمه (قوله وجه الأولى) لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكف بقوله قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله : وهذا يعنى عدم الاستئجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لأن النكاح قائم ، ولألا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها في الحكم والوجه ، وأيضا ربما يكون تأخير ذكر وجهه للأعمام إلا أنه المختار عنده ، وكذا ظاهر إطلاق القلورى المعتدة في قوله أو معتدته . وإن كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم ، إذ من عادته تأخير وجه القول المختار . والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل الهجرات من كتاب النكاح فارجع إليه ، ولهذا وجبت الثقة وامتنع

الثاني فعين الأول (وإن كان الصغير رضيعا فليس على الأم أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالثقة) فكأن أنه يجب عليه نفقته إذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه إذا وجدت ، ولأنها قد لا تقدر على الإرضاع لجبر بها فلا معنى للجبر عليه ، وقيل قوله تعالى - لا تضار - بالضرورة بولدها - معناه بإلزامها الإرضاع مع كراهتها . فإن قيل : لما معنى قوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين - قلت : إن كان معناه

لأنه غير مستحق عليها (وإن انقضت عدتها فاستأجرها) يعنى لإرضاع ولدها (جاز) لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية (فإن قال الأب لأستأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق لأنها أشفق فكان نظرا للصبي في الدفع إليها (وإن التمس زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه وإليه الإشارة بقوله تعالى - لا تضار - والدة بولدها ولا مولود له بولده - أى بإلزامها لأجرة الأجنبية (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه ، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه) أما الولد فلا إطلاق ماثلونا ، ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه ، وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به ، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة .

شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن ، وكذا لا يجوز استئجارها للإرضاع (قوله وإن انقضت عدتها فاستأجرها) اعلم أن حاصل كلامهم أن الإرضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى - لا تضار - والدة بولدها - والضرر يتحقق عند العجز عن إرضاعه إذا ألزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقة لأن امتناعها عن الإرضاع مع دعاية حنو الوالدة ظاهر في عجزها عنه ، فلذا لم تجبر عليه إذا امتنت ، فإذا أقبلت عليه بالأجر هي منكوحة أو معتدة عن رجعي أو مطلقا على ما هو الأوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجر يستحق في مقابلة فعل الواجب . ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما إذا استأجرها للإرضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ، ومقتضاء أن لا يجوز بعد العدة أيضا كما قبلها ، وهذا لأن الوالدات في قوله تعالى - والوالدات يرضعن - أعم من البائئات فكان الإيجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبائئات قبل العدة وفيها وبعدها ، والمانع من أخذ الأجرة

الإخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج إلى جواب ، وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولا على التنبؤ أو الوجوب إذا لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على تدي غيرهما وهو الذى أشار إليه المصنف بقوله أما إذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع ، أو هو محمول على الوجوب عليها تدينا ؛ حتى لا يجوز استئجارها على الإرضاع إذا كانت في عصمته أو عدته على ما ذكره في الكتاب واستدل به . فإن قيل : إذا كان بمعنى الأمر وجب أن يتناول بإطلاقه المنكوحة والمبائة . قلت : إن قوله تعالى - فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن في المطلقات ، وأوجب إتياء أجورهن عند الإرضاع ، فلو كان قوله يرضعن على إطلاقه لوجب الإرضاع على المطلقات ، وفي ذلك إبطال عمل إحدى الآيتين فوجب حمل على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمتبوتة في رواية إذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الإمكان وكلامه واضح . وقوله ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه) بأن أسلم الابن بنفسه والأب كافر أو على العكس لما أن إسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح (كما تجب نفقة الزوجة وإن خالفته في دينه ، أما الولد فلا إطلاق ماثلونا) يريد به قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - الآية - ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه (وكفراه لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه) وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح ، فإنه يعنى وجوب النفقة (بإزاء الاحتباس الثابت به) أى بالعقد الصحيح ، والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة والكناية موجود ،

(قوله وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولا على التنبؤ الخ) أقول : الأمر للإيجاب والتقييد لا به من دليل ، والأصل هو الوجوب في القضاء ،

وفى جميع ماذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال ، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا .

(فصل)

والاستتجار هو الوجوب وهو عام فيمن المنع الكل إذا ظهرت قدرتهن وذلك بالإقدام على الإرضاع بأجر . وغاية ما يقال : إن الإرضاع من نفقته وهى على الأب لا الأم . ويدفع بأن هذه النفقة أوجبها الذى له ولاية الإيجاب على الأم بعد أن أوجب رزقه لها بإدراك الثدى فلم يبق منها سوى الفعل الاختيارى فأوجب عليها إلقامه لديها ، وثبوت هذا الإيجاب بالنص المذكور : أعنى يرضعن أولادهن ، والحق أنه أوجب عليها مقيدا بإيجاب رزقها عليه بقوله - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - فى حال الزوجية والعدة وهو قائم برزقها وفيها بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الأجرة مقامه (قوله وفى جميع ماذكرنا) إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصبي مال ثم وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى إذا كان له ذلك فقط فلا لب أن يبيعه وينفقه عليه ، وكذا يعطى منه أجر رضاعه ، وهذا لأن إيجاب نفقة أحد المورسين على الآخر إذا لم يكن الاحتباس ذلك له ليس بأولى من إيجاب نفقة ذلك عليه ، بخلاف نفقة الزوجة فلأنها محتسبة لغرض الآخر فنفقها عليه وإن كانت غنية ، أما الولد فنفقته للمحاجة ، وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم ، والله أعلم .

(فصل)

والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة . فإن قيل : سلمنا أن السبب موجود لكن لم لا يجوز أن يكون الكفر مانعا كما فى استحقاق الإرث ؟ فالجواب أن ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافى وجوبه كالظهر وثمان المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد ، وإنما مناه على الولاية والكفر ينافىها . وأقول : لو استدل على نفقة الزوجة أيضا بإطلاق قوله تعالى - وعلى المولود له - الآية كان أسهل تأثبا لأنه يدل على نفقتهن بعبارة وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتاج إلى دفع ما يوم كلامه من التردد فى سبب النفقة ، فإنه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله فى قوله - وعلى المولود له - الولاد وقبلة الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه . وقوله (فى جميع ماذكرنا) أى من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال وتكبر مال يشير إلى عمومته بوقوعه فى سياق النفي سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دورا أو عقارا أو ثيابا . قال فى اللخيرة : إذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتج إلى ذلك للنفقة كان للأب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لأن الأصل فى نفقة الإنسان أن يكون فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا . واعترض بأن نفقة المرأة على زوجها وإن كان لها مال فالأصل منقوض . والجواب أن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضرورى ، وقد تحقق فى نفقة المرأة أمر ضرورى فيتغير ، وذلك لأن نفقة المرأة فى مقابلة الاحتباس ، فادام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للمحاجة ولا حاجة مع النفي .

(فصل)

(فصل)

(وعلى الرجل أن يتفق على أبويه وأجداده وجدته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه) أما الأبوان فلقوله تعالى - وصاحبهما في الدنيا معروفا - نزلت الآية في الأبوين الكافرين ، وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا ، وأما الأجداد والجدات فلاتهم من الآباء والأمهات ولهذا يقوم الجدة مقام

(قوله وعلى الرجل) أي الموصى (قوله وأجداده) يدخل فيه الجد الأب والجد لأم وإن علوا ، وفي جداته جداته لأبيه وجداته لأمه وإن علون . وقوله إذا كانوا فقراء يوافق بإطلاقه قول السرخسي حيث قال : إذا كان الأب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته ، بخلاف قول الحلواني : إنه لا يجبر إذا كان الأب كسوبا لأنه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير ، وإذا كان الابن قادرا على الكسب لا يجبر نفقته على الأب ، فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتسب الابن ويتفق على الأب فالمعبر في إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر . قيل هو ظاهر الرواية لأن معنى الأذى في إيكاله إلى الكد والتعب أكثر منه في التأليف المحرم بقوله تعالى - فلا تقل لهما أف - ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لأنه في مقابلة احتباسه إياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضى النفى (قوله نزلت في الأبوين الكافرين) بدليل ما قبله وهو قوله تعالى - وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من آتاك - إلى - ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف ، وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في التيمم إلى أن يعملها على غير الحربين ، فأما الآباء الحربيون وإن كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى - لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤم - إلى قوله - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين - الآية بينها وبين آية الأبوين عموم وخصوص من وجه فيصاदन في الأبوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة في غير الحربيين وآية النهي في غير الأبوين فتعارضا في الأبوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقدم الحرم على المباح . ولقال أن يقول : النهي إنما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين وإخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الأبوين الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على إخراج ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لأن الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والإخراج منه ، وأيضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى - لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين - ومعلوم أن الذين لم يقاتلوا أيضا حربيون (قوله وأما الأجداد والجدات فلاتهم من الآباء والأمهات) ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ :

لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد (ويجب على الرجل أن يتفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه ، أما الأبوان فلقوله تعالى - وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا -) قيل نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة : يا سعد بلغني أنك صبيت ، فوائده لا يظن سبقت بيت من الضح والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد وترجع إلى ما كنت عليه وكان أحب ولدها إليها ، فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشي عليها ، فأبى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكا إليه ذلك ، فنزلت هذه الآية (وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويترك ما كان سببا له في تلك المعيشة يموت من الجوع) وقد قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم

(وعلى الرجل أن يتفق على أبويه وأجداده الخ) أقول : لم يذكر المصنف هنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب مل يجبر الولد على الإنفاق عليه أولا ؟ قال شمس الأئمة السرخسي : إذا كان الأب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب . وقال شمس الأئمة الحلواني : لا يجبر على ذلك ، واعتبره بنو الرمح المحرم . ووجه الفرق مذکور في العناية وغيرها ، واعتبر المصنف ما ذكره . السرخسي كما سبقه بعد سطور (قال المصنف) وأما الأجداد والجدات فلاتهم من الآباء والأمهات) أقول : فيتناولها النص ، وفيه نظر .

الأب عند عدمه ولأنهم سبوا لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين . وشرط الفقر لأنه لو كان ذا مال ، فليجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره ، ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد) أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها حتى له مقصود ، وهذا لا يتعلق باتحاد الملة . وأما غيرها فلأن الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا يمنع نفقة نفسه لكفره لا يمنع نفقة جزئه إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين ، لأننا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين (ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم)

أعني لفظ الأبوين الذي هو مرجع الضمير في قوله - وصاحبها في الدنيا معروفا - وفيه نظر ، فإني في مسألة الأمان فيها إذا قالوا آمنونا على آباءنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ ، فإن أراد إلحاقهم بالقياس فلا حاجة ، بل لا ينبغي أن يعطى بأنهم من الآباء بل يعطى استحقاق الأبوين النفقة بتسبيهم في وجوده ويلحق بهم الأجداد ويصير في عموم الحجاز ، ومن العجب عدم اعتبارهم بإيه في عموم الحجاز في الأمان ليدخل الأجداد مع أن الأمان يحتاج في إثباته . وقوله ولهذا يقوم الجدل الخ قيامه مقامه في الوراثة وولاية الإنكاح والتصرف في مال ولد الولد ، هذا ولو قال إنهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لأن مرجع ضمير صاحبها الوالدان لا الأبوان (قوله أما الزوجة الخ) عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها أنه حيث أضاف إيجاب النفقة إلى العقد فهو إضافة إلى الملة البعيدة وأن الموتر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا (قوله فكما لا يمنع الخ) الأحسن أن يقال : فكجا يجبر على إنفاقه على نفسه مع كفره وذهنته يجبر على نفقة جزئه لأن عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه ، وكونه يجبره الحاكم على إنفاقه على نفسه محل نظر ، أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه ، وكلنا أمره بالمعروف من ذلك (قوله ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) إظهار لبعض

حسن المحابة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسهما إذا عريا وكلامه واضح . وقوله (لما تلونا) أراد به قوله تعالى - وصاحبها في الدنيا معروفا - ولم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أولا . قال خمس الأئمة السرخسي : إذا كان الأب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب . وقال خمس الأئمة الحلواني : لا يجبر على ذلك ، فاعتبره بلدى الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب ، وخمس الأئمة السرخسي يحتاج إلى الفرق بين نفقة الولد والوالد ، فإن الولد البالغ إذا كان قادرا على الكسب لا تجب على الأب نفقته ، وفرق بينهما بقضية الولد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فإن للوالد استحقاق استيلاء جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاء جارية الوالد ، فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لو قمت المساواة مع قيام دليل المفاضلة . وقوله (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين) ظاهر . وقوله (لأننا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا) قال الله تعالى - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين - الآية . واستشكل بقوله تعالى - وصاحبها في الدنيا معروفا - فإنه بإطلاقه يوجب النفقة للوالدين وإن كانا حربيين . وأجيب بأن العمل بإطلاقه يفضي إلى التعارض المقتضى إلى ترك الممتنع فحمل ذلك على أهل الملة وهذا على أهل الحرب . وقوله (ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) من فروع قوله ولا تجب النفقة مع

فإنهم في مسألة الأمان فيها إذا قالوا آمنونا على آباءنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ (قوله لو قمت المساواة الخ) أقول : فيه تأمل (قوله فحمل ذلك على أهل الملة الخ) أقول : فيه أن أم سيد لم تكن ذمية ثم سبى ، في كتاب السير ما خلاه طائرا .

وكذا لا يجب على المسلم نفقة أخيه النصراني لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ، ولأن القرابة موجبة للصلة ، ومع الاتفاق في الدين أكد دوام ملك الميمن أعلى في القطعية من حرمان النفقة ، فاعتبرنا في الأعلى أصل العلة وفي الأدنى العلة المؤكدة فلها افتراق (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد) لأنهما تأويلا في مال الولد بالنص ، ولا تأويل لهما في مال غيره .

صور ذلك الكلي وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجندات والوند . وقوله لأن النفقة : أي نفقة غير الولاد متعلقة بالإرث : يعني بالقرابة ، والمحرمية مقيد بالإرث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - وعلى الوارث مثل ذلك - فعلقه به ، ولا إرث بين المسلم والكافر ، بخلاف العتق فإنه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » وسأى الكلام عليه (قوله فاعتبرنا في الأعلى) وهو دوام ملك الميمن (أصل العلة) وهو القرابة المحرمة (وفي الأدنى) وهو النفقة (العلة المؤكدة) بالتوارث . وهذا في الحقيقة إبداء لحكمة الشرع : يعني إنما شرع سبحانه إيجاب النفقة على القريب مقيدا بالإرث وشرع عتق القريب إذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق ، وهو أن عدم النفقة قطعية واستمرار ملكه رتبة القريب فوقه في القطعية فأوجب رفعها بلامؤكد ، بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطعية فإنه لم يرفع حينئذ إلا بمؤكد . وما قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والإرث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على النحال والحالة العامة ولم دون ابن العم . والحق في الجواب أن ليس المراد من قوله تعالى - وعلى الوارث - سوى من يثبت له ميراث ، والنحال كذلك لأن يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه . لا يقال : هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على إخراج الكافر الذي . لانا نقول : بل هو إثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العلم الأصلي لا أن نفيه مضاف إلى النقص (قوله لأنهما تأويلا في مال الولد) بقيد أنه ملكهما (بالنص) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم

اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك ، وكلامه في الفرق بينهما بأن النفقة متعلقة بالإرث : يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث : يعني قوله عليه الصلاة والسلام « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » وبالمقول واضح خلا قوله دوام ملك الميمن أعلى في القطعية من حرمان النفقة ، فإن حرمان النفقة قد يفضي إلى الملاك ودوام ملك الميمن ليس كذلك فكيف يكون أعلى ؟ ولأن الاتفاق صلة إحياء حقيقة وصلة العتق صلة إحياء حكما ، ولا شك في أن الإحياء الحقيقي أعلى . والجواب أن الحاجة إلى النفقة مقدورة الدفع من غيره بأن يسأل الناس أو يره أحد من غير سؤال ، فإن الملاك جوعا في العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصناعات والمعروف نادر ، وأما الحاجة إلى الاعتاق فإنها لا تندفع إلا من جانبه ، وأما كون الإحياء الحقيقي أعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعيين تحققه من جانبه لما قلنا . قال (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد) لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد من الإخوة والأخوات والأعمام وغيرهم في ظاهر الرواية (لأنهما تأويلا في مال الولد بالنص) وهو قوله

(قوله وبالمقول) أقول : فيه أن ذلك ليس دليلا أمر بل لإظهار حكم تعليق الشارع لإيجاب النفقة بالقرابة المحرمية مقيدا بالإرث وعتق القريب

ولأنه أقرب الناس إليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه ، وهى على الذكور والإناث بالسوية فى ظاهر الرواية وهو الصحيح ، لأن المعنى يشملهما

جماعة من الصحابة ، وسيأتى فى باب الوطء الذى يوجب الحد . وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضى الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه » حسنه الترمذى . فإن قيل : هنا يقتضى أن له ملكا ناجزا فى ماله . قلنا : نعم لو لم يقيد حديث رواه الحاكم وصححه والبيهقى عنها مرفوعا « إن أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ، وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها » ومما يقطع بأن موثوق أنه تعالى ورث الأب من ابنه السدس مع ولد ولده ، فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثا على الذكر مثل حظ الأنثيين كما فى الميراث قياسا على نفقة ذوى الأرحام ، وبه قال الشافعى وأحمد . والحق الاستواء فيها لثمن الزوج بالولد وهو يشملهما بالسوية ، بخلاف غير الولاد لأن الزوج علق فيه بالإرث ، ولهذا ثبت فى الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث ، فإن كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لأحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع اعتباره أو لا فيجوز فيه الخلاف السابق بين خمس الأئمة المرحومين والحلوانى . وعن أبي يوسف قال : إذا كان الأب زنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب إليه كى لا يضيع ولا ينفى بذلك الهلاك على الولد لأن الإنسان لا يملك على نصف بطنه . وقال الشاعر :
كلوا فى بعض بطنكمو تفوا • وفى الفتاوى : يبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يبر الأب على نفقة

صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » فكانا غنيين بماله ، والغنى لا يجب نفقته على غيره . فإن قيل : التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يمارض إطلاق قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - قلت : الحديث مشهور فتجاوز به الزيادة . سلمنا أنه من الأحاد لكن ترك إطلاق قوله - وعلى الوارث مثل ذلك - بما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة إلى قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - الآية كما تقدم . فإن قلت : لا منافاة بين الآيتين لأن قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - يقتضى أن يشارك أبجد الابن ، كما أن قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - يقتضيه : قلت : لما ثبت للوالد التأويل فى مال الولد بالإجماع صار غنيابه والغنى لا يجب نفقته على والده فلا يشارك أبجد الابن . وقوله « ولأنه أقرب الناس إليهما » أى الولد أقرب الناس إلى الوالدين ، والأقرب إليهما أولى لاستحقاق نفقتهما عليه لأنها صلة وجبت بالقرابة ، فمن كان أقرب فهو أولى بالاستحقاق له وعليه ، وهى على الذكور والإناث بالسوية فى ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكر والأنثى أثلاثا للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الأرحام . ووجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب لأن المعنى يشملهما . وبيان أن استحقاق الأبوين إنما هو باعتبار التأويل وحق الملك لهما فى مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث فيكونان سواء ، ولهذا ثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وإن انعدم التوارث ، فقوله (وهو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن .

بها بلاية (قوله قلت : إلى قوله : والغنى لا يجب نفقته على والده فلا يشارك أبجد الابن) . أول : فكان المال إلى التقييد بالحديث فإن الإجماع لا يصلح مقيدا .

(والنفقة لكل ذى رحم محرم إذا كان صغيراً فقيراً أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً أو أعمى) لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة ، والفواصل بينهما كونه ذاً رحم محرم ، وقد قال الله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - وفي قراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة

زوجة ابنه . وفي تفقات الحاوائى قال : فيه روايتان : في رواية كما قلنا ، وفي رواية إنما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضاً أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة ، أما إذا كان صحيحاً فلا . قال في المحيط : فعلى هذا لافرق بين الأب والابن ، فإن الابن إذا كان بهله المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه ، ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ، ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت وبنت وإن سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وإن كان ميراثه لأخيه ، ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليها مع اشتراكهما في الميراث ، وإذا كان للفقير ولد وابن ابن موسران فالنفقة على الولد لأنه أقرب ، وإذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وإن كان الميراث بينهما تقرب البنت . فإذا استويا فالنفقة عليهما إلا أن يرجع أحدهما بمراجع وهما وارثان . وإذا كان له ولد وابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وإن كان الإرث لولد الابن . وكلنا إذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط . ولو كان له والد وولد فعلى الولد لاستوائهما في القرب . ويرجع الولد باعتبار التأويل . ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح ، الكل من المحيط . وإذا اختلفا فقال الابن هو غنى وليس على نفقته وقال الأب أنا معسر ذكر في المتن أن القول للأب والبينة بينة الابن (قوله والنفقة لكل ذى رحم محرم) أى واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقريته لا من الإخبار بالجار والمجرور نائين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا . وقال أحمد : على كل وارث حرماً كان أو لا وهو قول ابن أبي ليلى . وقال الشافعى : لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالأخوة والأعمام . وجهه أنه يعمل الإشارة في قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - انفى المضارة لا لإيجاب النفقة ، فلا يبقى دليلاً على إيجاب النفقة فيبقى على العلم لعدم دليلها الشرعى . قلنا : نعم

وقوله (والنفقة لكل ذى رحم محرم) مبتدأ وخبره محذوف: أى النفقة لكل ذى رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التأيد واجبة إذا كان صغيراً فقيراً أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكراً فقيراً . زمناً أو أعمى ، لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة ، والفواصل بينهما كونه ذاً رحم محرم بدليل قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - فإن ذلك للإشارة إلى البعيد فيكون إشارة إلى أول الآية وهو قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - فيدل على أن على الوارث النفقة ، وتقييده بذى الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود: وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ، ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك ، والصفات المذكورة وهى الصغر والأنوثة والزمانة والمعنى أمانة الحاجة لتحقيق العجز فإن القادر على الكسب غنى . فإن قيل : ما بال الأبوين لم يعلما غنيين بقدرتهما على الكسب ؟ أجاب بقوله بخلاف الأبوين الخ وهو اختيار خمس الأئمة السرخسي ،

(قوله فإن ذلك للإشارة إلى البعيد) أقول : لا إلى القريب الذى هو المحترز من المضارة على مناسره به أيضاً .

والصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمانة الحاجة لتحقق المعجز ، فإن القادر على الكسب غنى بكسبه ، بخلاف الأيوين لأنه يلحقهما تعب الكسب والولولأمور يدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب . قال (ويجب ذلك على مقدار الميراث ويعبر عليه)

لا يختص بالوارث ، ثم هو مخالف للظاهر من الإشارة المقرونة بالكاف فإنها بحسب الوضع للبعد دون القريب . وجه قول أحمد أنه تعالى علقها بالوارث فقيد المحرمية زيادة . قلنا في قراءة ابن مسعود « وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك » فيكون بياناً للقراءة المتواترة . فإن قيل : القرابة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ، ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة . أجيب بادعاء شهرتها ، واستدل على الإطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال : قلت المدينة فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطف الناس وهو يقول « يد المعطى العليا وأبدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك » وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة التميمي « قلت : يا رسول الله من أير ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أبوك . ثم الأقرب فالأقرب » قال الترمذي حسن ، وفي صحيح مسلم « فإن فضل عن أمك شيء فلدوى قرابتك » فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالإرث . ولا يخفى أن الثاني لا يفيد وجوب النفقة أصلاً لأنه جواب قول السائل من أير ، وهو لا يستلزم كونه سؤالاً عن البرّ المفروض لجواز كونه سؤالاً عن الأفضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الأول ، وليس هذا معارضاً للنص لأن الإيجاب على الوارث بالنص لا يثبت أن يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لا يقبل بمفهوم الصفة . على أن لقاتل أن يلزمهم أن الوارث أريد به القريب عند من عبر به عنه خصوصاً على رأيكم وهو أن كل قريب وازث لتوريثكم ذوى الأرحام مع قولكم إن المراد به أهلية الإرث في الجملة ، حتى قالوا : إذا كان له خال وابن عم أن نفقته على خاله وميراثه لابن عمه ، اللهم إلا أن يثبت قولنا تقطع بأن إيجاب النفقة لوجوب الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص هي على المحرمية ، بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لأن التحريم إنما يثبت للوصل وهو الظاهر ، لما تقرر أنه سبب التحريم في المحرمات من القرائب لأن الافتراض إما عدم وصل أو يؤدي إليه (قوله فإن القادر على الكسب غنى بكسبه) وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغاً ، ولهذا أخذ في البالغ الذي تجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قالوا : والابن الزمن البالغ ، ويصرح بما قلنا في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوى الأرحام : ولا يعبر المورس على نفقة أحد من قرابته إذا كان رجلاً صحيحاً ، وإن كان لا يقدر على الكسب إلا في الولد خاصة أو في الجد أبي الأب إذا مات الولد فإن أوجب الولد على نفقته وإن كان صحيحاً انتهى . وهذا جواب الرواية وهو يشهد قول خمس الأئمة

وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه . وقوله (يجب ذلك) يعنى النفقة (على قدر الميراث ويعبر عليه) أى على الإنفاق . أما التقدير فلأن الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك » تنبيهاً على اعتبار المقدار لأنه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته ، وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث ، وعلى هذا إذا كان الرجل زماً معسراً وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة إخوة متفرون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم وعلى أخيه لأم أسداساً بحسب ميراثهما ، فأما نفقة الـلد فعلى الأخ لأب وأم خاصة لأن ميراث الولد له عند عدم الأب خاصة فإنه عم لأب وأم ،

لأن التنصيب على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ، ولأن الغرم بالغرم والجبر لإيفاء حق مستحق . قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثا على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث) لأن الميراث لهما على هذا المقدار . قال العبد الضعيف : هذا الذي ذكره رواية الحصاص والحسن ، وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الأب لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - وصار كالولد الصغير . ووجه الفرق على الرواية الأولى أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومثوة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاخص بنفقته ، ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فشاركه الأم ، وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الأم والجد أثلاثا ، ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموصرات أحاسا على قدر الميراث ،

السرخصي بخلاف الحلواني على ما قدمناه (قوله لأن التنصيب على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) بطريق أنه يفيد عليه مأخذ الاشتقاق وهو الإرث فيثبت الحكم على محل وجود العلة على قدر وجودها . مثاله إذا كان له أخ شقيق أو لأب وأخت شقيقة أو لأب فالنفقة عليهما أثلاثا على الأخ الثلثان وعلى الأخت الثلث لأن ميراثهما منه كذلك ، ولو كانا لأب وجبت عليهما نصفين كل واحد ، ولو كان معهما أخ لأبوين أو لأب أو عصبية أخرى فالثلثان على العاصب ، ولو كان أخ لأب وأخ لأم فالسدس على الأخ لأم وخمسة الأسداس على الأخ لأب ، وعلى هذا فقس (قوله وجه الفرق) أي بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن (قوله فاخص بنفقته) لأنه باعتبار الولاية الكاملة صار كفسه . بخلاف البالغ فإنه ليس للأب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم (قوله على الأخوات المتفرقات) بأن تكون أخت شقيقة وأخرى لأب وأخرى لأم أحاسا ثلاثة أحاسا على الشقيقة وخمس

ولا يرث معه الم لأب ولا الم لأم . والحاصل أن من يكون محتاجا يجعل معلوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث ، فإن كان الولد ابنة كان نفقة الأب والابنة على الأخ من الأب والأم خاصة ، أما نفقة الابنة فلما بينا ، وأما نفقة الأب فلأن الوارث ههنا الأخ لأب وأم خاصة لأن الأخ لأب وأم يرث مع الابنة والأخ لأم لا يرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعلومة ، ولكن تعتبر صفة الوراثية مع بقائها ، بخلاف الابن فإنه لا يرث معه أحد من الإخوة فلا بد من أن يجعل كالمعلوم ، فإذا جعل كذلك فيراث الأب يكون بين الأخ لأب وأم والأخ لأم أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك ، وهذا كله إذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز إلى غيرهم ، وأما إذا تجاوز عنهم إلى غيرهم كما إذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذى الرحم المحرم الذي لم يرث لاعلى غير ذى الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الحال دون ابن المم الذي يبرز الميراث لأن النفقة على ذى الرحم المحرم وابن المم ليس كذلك وانحال كذلك فيجب عليه على ما سلكه في الكتاب . فإن قيل : هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن المم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث . أجب بأن نفقة ذى الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة ، وتحقيق صلة قرابة ابن المم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه ، بخلاف الخال فإن صلته واجبة والنفقة منها تنجب عليه . قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) كلامه ظاهر . وقوله (ووجه الفرق) يعني بين نفقة الولد الصغير حيث

(قوله أجب بأن نفقة ذى الرحم الخ) أقول : في الجواب قصور ، فإن وجوب النفقة ملحق بالقرابة المحرمة المورثة وليس ذلك بموجود في الخال مع وجود ابن المم ، فالأظهر أن يقال : ليس المراد الإرث بالفعل فإن ذلك بعد موت المشتق .

غير أن المعتبر أهلية الإرث في الحملة لا إحرازه . فإن المحسر إذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرز ابن عمه (ولا تجب نفقته مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الإرث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير) لأنها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لأنه الزمها بالإقدام على العقد ، إذ المصالح لا تنتظم دونها ، ولا يعمل في مثلها الإحساس . ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف . وعن محمد أنه قلده بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهراً أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لأن المعتبر في حقوق العباد وإنما هو القدرة دون النصاب فإنه للتيسير

على التي لأب وخمس على التي لأم لأن ميراثهن منه كذلك بواسطة الرء عليهن (قوله غير أن المعتبر أهلية الإرث) هذا هو الجواب الذي أسلفناه وقدمنا تقريره . وإيضاحه أن حقيقة الوارث غير مرادة ، فإنه لمن قام به الإرث بالفعل ، وهذا لا يتحقق إلا بعد موت من يجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذر إرادة الحقيقة ، فكان المراد من يثبت له ميراث ، والخال كذلك فوجب نفقته عليه ولم يجب على ابن العم لعدم المحرمية ، بخلاف ما لو كان له خال وعم أوعمة فإن النفقة حينئذ على العم لا شراً كهما في المحرمية ، وإحراز العم الميراث في الحال لو مات ، فلو كان العم ممسراً وجبت بين العمة والخال أثلاثاً على العمة الثلث ويجعل المحسر كالكاتب . والحاصل أن قوله أهلية الميراث لإحرازه فيها إذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم ، أما إذا ثبت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالأخ والعم إذا اجتمعا فإنه يعتبر إحراز الميراث في الحال ويجب النفقة على العم ، وإذا انفقوا في المحرمية والإرث في الحال وكان بعضهم فقيراً جعل كالمعدوم ووجب على الباقي على قدر إرثهم كأن ليس معهم غيره (قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب) أي بنصاب الزكاة على ما روى عن أبي يوسف . وعن محمد روايتان إحداهما بما يفضل عن نفقة شهر والأخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهماً وكفياً أربعة

وجبت بحملتها على الأب خاصة و بين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثها على الأب والثلث على الأم كما في الإرث أنه اجتمعت لأب في الصغير ولاية ومثوة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه . فكذا في النفقة على الصغير ، وأما الكبير فليس لأب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما أثلاثاً فكل ذلك نفقته . وقوله أخماساً على قدر الميراث : يعني ثلاثة الأخماس من الميراث تكون للأخت لأب وأم والخمس للأخت لأب والخمس للأخت لأم بالفرد والرد ، فكل ذلك النفقة على هذا التفصيل . وقوله (غير أن المعتبر) استثناء من قوله وفي غير الوالد تعتبر على قدر الميراث ، والمراد بأهلية الإرث هو أن لا يكون محروماً ، وفي كلامه لف ونشر حيث قال : إن المعتبر أهلية الإرث لا إحرازه ، ثم نشر بقوله فإن المحسر إذا كان له خال : يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا أن الخال ذو رحم محرم دون ابن العم ، وهذا راجع إلى قوله لا إحرازه . وقوله (ولا تجب نفقته مع اختلاف الدين) راجع إلى قوله المعتبر أهلية الإرث . وقوله (ولا بد من اعتباره) أي اعتبار الإرث بأن يكون أهلاً لا محرزاً ، ولهذا قلنا لا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ولا عكسه . وقوله (ولا تجب على الفقير) ظاهر . وقوله (بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهراً) قيل : هذا إذا كانت نفقته من مستغلاته (أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم) إذا كان معتبلاً ينفق من كسبه يده .

والفتوى على الأول ، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة (وإذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقد بينا الوجه فيه (وإذا باع أبوه متاعه في نفقته جاز) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ، وهذا استحسان (وإن باع العقار لم يجز) وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس ، لأنه لا ولاية له لانتقاعها بالبلوغ ، ولهذا لا يملك في حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة ،

وداوق وجب عليه الدائقان للتريب ، ومحمل الروايتين على حاجة الإنسان إن كان مكتسبا ولا مال له حاصل اعتبر فضيل كسبه اليوى ، وإن لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينتق ذلك الشهر ، فإن صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه . ومال المرحومى إلى قول محمد في الكسب فإنه عليه بأن قال : لأن الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدى بتيسير الأداء وتيسير الأداء موجود إذا كان كسبه بفضل عن نفقته . وقال صاحب النفقة : قول محمد أرفق ومال الوالجبى إلى قول أبي يوسف قال : لأن النفقة تجب على الموسر ، ونهاية اليسار لأحد لها ، وبدايته النصاب فيقتصر به . وقال في الخلاصة بعد ما نقل أنه نصاب الزكاة : وبه يفتى واختار صاحب الهداية أنه نصاب حرمان الصدقة (قوله والفتوى على الأول) أى على أن اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف ، وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر ، إلا أن النفقة لما كانت حتى الأدنى نفسه تعتبر بمجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته ، وصدقة الفطر حتى يجب لله تعالى بسبب الأدنى ، وحقوق الله تعالى يراعى فيها من التيسير ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل إذا لم يكن كسوبا يعتبر أن يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة ، فإذا أنفق ولم يبق له شئ عسقت ، وإن كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب أن يعول عليه في الفتوى (قوله وإذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) لما قلنا أن كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ إذا قدر بلا قضاء ، فالوالدان والولد والزوجة إذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم إذا احتاجوا (قوله وقد بينا الوجه فيه) عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لأهولاء وهو قوله . ووجه الفرق أن نفقة أهولاء واجبة قبل القضاء ، ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم (قوله وإن باع العقار لم يجز) ولا يجوز للأب بيع عقار الابن إلا إذا كان الابن صغيرا أو مجنونا ، ولا يجوز لغيره مطلقا (قوله لأنه لا ولاية له لانتقاعها بالبلوغ) وقرر في النهاية وجه

وقوله (والفتوى على الأول) يعنى أن اليسار مقدر بالنصاب ، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم إذا كان فاضلا عن حوائجه الأصلية وهو الصحيح ، لأن النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها مئونة من وجه صدقة من وجه والنفقة مئونة من كل وجه ، فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلائ لا يشترط ههنا وهى مئونة من كل وجه أولى . ونقل في خلاصة الفتاوى عن الأجتناس قال في نوادر أبي يوسف : يشترط نصاب الزكاة ، ثم قال في الخلاصة : هكذا قال الصلر الشهيد في الفتاوى الصغرى إن انتقص منه درهم لا يجب (وإن كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقوله (وقد بينا الوجه فيه) يريد ما تقدم من قوله : ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لأهولاء ، إلى قوله : ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم . وقوله (وإذا باع أبوه متاعه) ظاهر .

(قال المصنف : لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة) أقول : لا كما روى عن أبي يوسف ، مكلما قيل ، لكن وشرع الكثر لإتمام الزيلنى أن اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو المحبر في وجوب المرواة عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر (أقوله) وهى مئونة من كل وجه (أقول) فيه بحث : فإنها صلقة أيضا على ما دل عليه الأخبار الصحيحة . وجواب أن المراد أن شرهها الثلثة

وكذا لاتملك الأم في النفقة . ولأن حنيقة رحمه الله للأب ولاية الحفظ في مال الغائب : ألا ترى أن الوصي ذلك فالأب أولى لو فور شفقتة ، وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها ، وبخلاف غير الأب من الأقارب لأنه لا ولاية لهم أصلاً في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر . وإذا جاز بيع الأب فالتن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه ، كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكامل الولاية ، ثم له أن يأخذ منه بنفقتة لأنه من جنس حقه (وإن كان للأب الغائب مال في يد أبويه وأنفق منه لم يضمنا) لأنهما استوفيا حقهما لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على مامر وقد أخذنا جنس الحق

القياس بأن ولاية الأب تنقطع ببلوغ الصبي رشيداً إلا فيما يبيعه مخصيناً على الغائب . ولا يخفى أن قيد الرشيد ليس معتبراً في انقطاع ولاية الأب . نعم إذا بلغ غير رشيد لا يسلم إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد أو يبلغ خمساً وعشرين سنة على ماعرف ، ومع ذلك لا حرج عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه ، ولذا قال في جواب أبي حنيفة هناك إن منع المال لا يفيد مع فلك الحجر لأنه يتلفه بلسانه بأن يباشر العقود إلى آخر ماعرف في باب الحجر (قوله وكذا لاتملك الأم في نفقتها) مع أنها مساوية للأب في استحقات النفقة ، وكذا ليس للقاضي أن يحكم به مع عموم ولايته (قوله ولأن حنيقة) حاصله الفرق بين الأب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب ، وبيع العروض من باب الحفظ لأنه يخشى عليه التلف ، وإذا ملكه الوصي فلائ يملكه الأب أولى لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته فن الحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيد هانته ، وإذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه ، بخلاف العقار لأنه محصن بنفسه فلا يحتاج إلى الحفظ بالبيع فليس للأب بيعه إلا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه ، ومقتضى هذا صحة بيع الأب للعروض على الكبير إذا لم يكن للدين ، بخلاف غير الأب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع ، لكن نقل في الخيرية عن الأقضية جواز بيع

وقوله (وكذا لاتملك الأم في النفقة) غالف لما ذكر في الأقضية وما ذكره القلوري من جواز البيع للأبوين فلما أن يكون في المسئلة روايتان في رواية الأقضية والقلوري تملك الأم البيع كالأب لأن معنى الولادة يجمعهما وهما في استحقات النفقة على السواء ، وإما أن يكون مافي الأقضية والقلوري مؤولاً بأن الأب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما ، فأضاف البيع إليهما من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر . وقوله (إن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب) اعترض عليه بأنه كذلك ، لكن الفرض أنه يبيعه لنفقتة ، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ . وأجيب بأنه لما جار بيعه للحفظ حقيقة فيقصده الإنفاق لتغيير تلك الحقيقة ، إذ لا تأثير للزعم في تغيير الحقيقة . لا يقال : عارض جهة الحفظ جهة الإنفاق بالاتفاق . لأننا نقول : الإنفاق بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض . وقوله على مامر إشارة إلى ما قال ولهذا كان لم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم .

ولا ينافي كونها عبادة بالية ، بخلاف صنعة الطير وسبيها من المصنف في كتاب الحجر أيضاً أنها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا (قوله من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر) أقول : ألا ترى إلى قول المصنف بخلاف غير الأب من الأقارب (قال المصنف : ولا يحنقة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب) أقول : قال الإمام الزليقي : وفي المسئلة نوع الإشكال زعم أن يقال إذا كان للأب حال فبيعه ابنه ولاية الحفظ إجماعاً لما لا يمنع له من البيع بالنفقة عندها أو بالدين عند الكل أم ؟ جواب الإشكال الأول ظاهر فليهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الإنفاق . والبيع بقصد الإنفاق ، وجواب الثاني يظهر من تقرير الأكل فتأمل فيه (قوله أننا نقول الإنفاق بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض) أقول : فيه بحثان : الأول أنه إذا وجب بفرض القاضي وإذنه في الاستعانة ينبغي أن لا يجوز البيع على ما قرره وظاهر عدلته .

(وإن كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن) لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية لأنه نائب في الحفظ لا غير، بخلاف ما إذا أمره القاضي لأن أمره ملزم لمعوم ولايته. وإذا ضمن لا يرجع على القابض لأنه ملكه بالضمأن فظهر أنه كان متبرعا به (وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لأن نفقة هؤلاء يجب كفاية للحاجة حتى لا يجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها يجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستثناء فيها مضى. قال (إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه) لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغالب فيصير ديناً في ذمته فلا تسقط بمضى المدة والله تعالى أعلم بالصواب.

الأبوين، وهكذا ذكر القنوري في شرحه فإنه أضاف البيع إليهما فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان: وجه رواية الأقضية أن معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء، وعلى تقدير الإنفاق فتأويله أن الأب هو الذي يتولى البيع ويتفق عليه وعليها، أما بيعها بنفسها فبعد لأن جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ (قوله فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن) أي في القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه، ولو مات الغالب حل له أن يخلف لورثته أنهم ليس لهم عليه شيء لأنه لم يرد بذلك غير الإصلاح. وفي التوارد: لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأى القاضي لا يضمن استحساناً، وقالوا في رقة في سفر أئتمى على أحدهم أو مات فأنفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحساناً ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا إلى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم، فلما وصلوا سلم محمد فذكروا له ذلك: فقال محمد: لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء، وكذا باع محمد كتب تلميذه له مات وأنفق في تجهيزه فقبل له إنه لم يوص بذلك ففلا قوله تعالى - والله يعلم المقصد من المصلح - وقالوا في عبد مأذون مات مولاه في بلاد بعيدة فأنفق على نفسه وما معه من الدواب والأمتعة لا يضمن، وكذا عن مشايخ بلغ في مسجد له أوقاف ولا متولى له فقام رجل من أهل الحلة في جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيها يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحساناً (قوله فظهر الخ) يعني إذا ضمنه الغالب ظهر ملكه لما دفعه للأبوين حال دفعه لهما فيظهر أنه كان متبرعا بملكه لهما فلا يرجع له عليهما (قوله فمضت مدة سقطت) هذا إذا طالت المدة، فأما إذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط. قيل وكيف لا تصير القصيرة ديناً والقاضي مأمور بالقضاء، ولو لم تصير ديناً لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة فائدة، ولو كان كل ماضى سقط لم تكن استيفاء شيء، ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات (قوله لأن نفقة هؤلاء يجب للحاجة) وعن هذا ما قدمناه من أنه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسرقت أو هلكت كان عليه أخرى لأن الحاجة لم تندفع بما سرق، ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لأنها للزوجة ليست شرعاً لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضى تلك المدة لم يتفد الاحتياض عنها (قوله إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط) وإن كان في نفقة

وقوله (لأنه ملكه بالضمأن) يعني أن الأجنبي ملك المدفوع بالضمأن فظهر أنه كان متبرعا بماله نفسه. وقوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي: يعني أنها لا تسقط بمضى المدة لأنها يجب مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا يجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستثناء فيها مضى. وقوله (إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه)

(فصل)

(وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) لقوله صلى الله عليه وسلم في المالك «إنهم إخوانكم جعلهم الله

ذوي الأرحام لما ذكر في الكتاب ، وما ذكره في زكاة الجامع أن دين نفقة الزوجات والأقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لأن له مطالبا من جهة العباد فسوى نفقة الزوجات والأقارب اختلقوا فيه ، قيل محمله في نفقة الأقارب ما إذا أذن القاضي بالاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا إلى وفاة الدين ، أما إذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لاتبصير النفقة ديناً ، وإلى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا إطلاق الهداية به ، وقيل محمله ما إذا قصرت المدة بأن تكون شهراً فأقل ، والله سبحانه أعلم .

(فصل)

(قوله وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) عليه إجماع العلماء ، قيل إلا الشعبي ، الأولى أن يجعل قوله على ما إذا كانوا ينفرون على الاكتساب فإنه لا يجب على المولى كما سنذكره . ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه فهو متطوع ، وكذا النخل والزروع والمودع والمتطوع إذا ألقا على الأدبية واللقطة والدار المشتركة إذا كان أنفق أحدهما في أمرها بغير إذن صاحبه وبغير أمر القاضي فهو متطوع ، كذا في الخلاصة . وفيها : إذا شهد شاهدان على رجل في يده أمة أن هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة ادعت الأمة أو جحدت ، ويضعها على يد عدل ، وتفرض نفقة الأمة إن طلبت على الذي كانت في يده اه . ولو أن عبدا صغيرا في يد رجل فقال لغيره هذا عبدك أودعته عندي فأنكر يستحلف ما أودعه ثم يقضى بنفقاته على من هو في يده لأنه أقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ، ولو كان كبيرا لا يحلف لأنه في يد نفسه ، والقول له في الرق والحرية ، والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث أبي ذر أنه صلى الله عليه وسلم قال «هم إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوه ما يبغلبهم فإن كلفتموه فأعينوه» ورواه أبو داود بسند صحيح وزاد فيه «ومن لم يلائمكم منهم فبيعوه»

استثناء من قوله قضت مدة سقطت ، ومعناه إذا أذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم أيضا كنفقة الزوجة وإن مضت مدة لأن القاضي له ولاية عامة فعبار إذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها ، ولو أمر الغائب بالاستدانة صار ديناً في ذمته لا يسقط بمضي المدة ، فكذا إذا أذن القاضي بذلك . وإذا تذكرت أن نفقة الزوجة جزء الاحتباس ونفقة الأقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في النخبة إن القاضي إذا فرض للزوجة في الشهر مائة قضت المدة وفي يدها منه شيء لم يجتنب للشهر الثاني ، ولو كان ذلك في نفقة الأقارب حوسب به ، وإن القاضي إذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرت ليس عليه أن يكسوها حتى تفرغ المدة ، ولو كان ذلك في الأقارب وجب عليه أن يكسومهم .

(فصل)

تعالى تحت أيديكم ، أطعموهم مما تأكلون وألبسهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله » (فإن امتنع وكان لما كسب اكتسبا وأنفقا) لأن فيه نظرا للجائين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك (وإن لم يكن لما كسب) بأن كان عبدا زمتا أو جارية لا يؤاجر مثلها (أجبر المولى على بيعهما) لأنهما من أهل الاستحقاق وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف ، بخلاف نفقة الزوجة لأنها تصير دينيا فكان تأخيرها على ما ذكرنا ، ونفقة المملوك لا تصير دينيا فكان إبطالا ، وبخلاف سائر الحيوانات لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها ، إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى ولأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ، ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر ، والأصح ما قلنا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

ولا تعذبوا خلق الله » وعن علي رضي الله عنه قال : كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم « الصلاة والصلاة » اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم ، رواه أحمد ، والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله ، فإذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منها القاتق كفى ، بخلاف إلباسه نحو الجوارق والله أعلم ، ولم يتوارث عن الصحابة أنهم كانوا يلبسون مثلهم إلا الأفراد (قوله فإن امتنع وكان لما كسب اكتسبا وأنفقا) على أنفسهما ، حتى لو كان يتمكن من الإنفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه إلا إذا ناه عن الكسب ، أما إذا كان عاجزا عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد إذا أبي أن يتفق عليه (قوله بأن كان عبدا زمتا) يفيد أنه إذا كان صحيبا إلا أنه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لأنه يمكن أن يؤاجر نفسه في بعض الأعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمين البناء ، وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوى الأرحام ثبوته هنا أولى ، وكذا إذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بأن كانت حسنة يخفى من ذلك الفتنة أجبر على الإنفاق أو النعي ، بخلاف المدبر والمديرة وأم الولد فإنه يجبر على الإنفاق عليهم عينا إن لم يقرروا على الكسب . بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء . ولو أعتق عبدا زمتا سقطت نفقته عنه ونجى في بيت المال ، وكذا العبد الصغير لأنه ليس بينهما محرمية وإن كان عصبه له كابن العم (قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ) ظاهر الرواية أنه لا يجبره القاضي على ترك الإنفاق

جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب أصحابنا أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق ، وأما في النوايا فيفنى فيما بينه وبين الله تعالى بالإنتفاق عليها ، وفي غير النوايا كالنور والعقار فإنه لا يفنى به ، أيضا إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال كان ترك الإنفاق مكروها ، وكلامه واضح ، وفرق بين نفقة الزوج والمملوك في أن المولى إذا امتنع عن الإنفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك ، والزوج إذا عجز عن الاتفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن في الإيجاب على البيع زوال ملك المولى إلى خلف وهو الفتن ، وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف لأن نفقة المملوك لا تصير دينيا على المولى بحال من الأحوال ، وأما في النكاح ففي الإيجاب على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف ، وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال إلى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينيا على الزوج فكان تأخيرها . وقوله على ما ذكرنا إشارة إلى قوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى (وعن أبي يوسف أنه يجبر) وهو قول الشافعي ، وقاساه على الرقيق ، والأصح ما قلنا : يعني من عدم الجبر لأن إيجاب القاضي المولى على ملكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من

عليها لأن في الإجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضى له ويعتمد أهلية الاستحقاق في المقضى له وليس فليس ، لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون أثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الإنفاق . وفي الحديث « امرأة دخلت النار في هرة حبسها حتى ماتت ، لا هي أطاقتها تأكل من خشاش الأرض ، ولا هي أطعمتها » وذكر المصنف أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان : يعنى ما تقدم من رواية أبي داود « ولا تعذبوا خلق الله » ونهى عن إضاعة المال وهو ما في الصحيحين من أنه صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن إضاعة المال وكثرة السؤال . وعن هذا ما ذكر أنه يكره في غير الحيوان أن لا ينفق عليها يعنى كالأملأك من الدور والزروع فإنه يؤدي إلى ضياع المال . وعن أبي يوسف أنه يحبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله ، وغاية ما فيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه ، وظاهر المذهب الأول . والحق ما عليه الجماعة ، بخلاف ما لو كانت البداية بين شريكين فطلب أحدهما من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالإنفاق عليها فالقاضي يقول للآتي إما أن تبني نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ، ذكره الخصاص . وفي المحيط : يحبر صاحبه لأنه لو لم يحبر لتضرر الشريك .

[فروع] ونجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان أو لا . مثاله أوصى بعبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة . ولو أوصى بجمارية لإنسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية . ومثله أوصى بدار لرجل وسكنها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لأن المنفعة له ، فإن انهيدت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لأنه مضطرفه لأنه لا يصل إلى حقه إلا به ، فصار كصاحب العلو مع صاحب السفلى إذا انهيد السفلى وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلوان بينه وبينع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعا ، وكذا لو أوصى بنخل لواحد وبشمرها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة ، وفي التين والحنطة إن بقى من ثلث ماله شيء فالنفقة في ذلك المال ، وإن لم يبق فالتخليص عليهما لأن المنفعة لهما . وأقول : ينبغي أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منها وإلا يلزم ضرر صاحب القليل ، ألا يرى إلى قولهم في السمس إذا أوصى بدهنه لواحد وبشجره لآخر فإن النفقة على من له الدهن لعدا ولأن كان قد يباع ، وينبغي أن يجعل كالحنطة والتين في ديارنا لأن الكسب يباع لعلف البقر وغيره . وكذا أقول فيما عن محمد : ذبيع شاة فأوصى بلحسها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتين أنه يكون على قدر الحاصل لهما ، وقبل الذبيع أجرة الذبيع على صاحب اللحم لا الجلد ، ونفقة المبيع قبل أن يقبض قبل على المشتري فتكون تابعة للملك كالموهون ، والصحيح أنه على البائع مادام في يده ، ويجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل إن اتفقا على ذلك ، والله سبحانه أعلم .

مقضى له وهو من أهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من أهل أن يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة ، ألا ترى أنه بالكتابة يستحق حقا على المولى وإن كان مملوكا ، فأما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح أن يكون مقضيا له فانهدم شرط القضاء فيتعلم القضاء ، والله تعالى أعلم .

(١) قوله خشاش : كذا في بعض النسخ وأريد في النهاية قال : والخشاش بالكسر الحشرات وقد يفتح . وفي الحديث « إن امرأة أتت » وسره إلى أن قال : ويرى بالغاء المهمل ، وهو يابس النبات وهو غم ، كنه مصححه .

كتاب العتاق

(الإعتاق تصرف مندوب إليه ، قال صلى الله عليه وسلم « أيما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار » ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء . قال (العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه) شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ولا ملك الملوك والبلوغ

كتاب العتاق

اشترك كل من الطلاق والإعتاق في أنه إسقاط إلا أنه إسقاط ملك الرقبة والطلاق إسقاط ملك منافع البضع ، وأما إسقاط ملك مافي اللعة فيسمى إبراء وإسقاط ملك القصاص يسمى عفا فقد ميزت أنواع الإسقاطات بأسماء لينسب إليها مع اختصار ، وتسمى إضافة لبعض إلى الكل ، وهذا على ظاهر قولهما وعلى قوله بتأويل الأول إلى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ ، إلا أنه قدم الطلاق وإن كان غير مندوب إليه على العتق المندوب إليه وصلا له بمقابله وهو النكاح ولأنه يقع على عمله بشرط وجوده فكان متصلا به أو هو من بيان أحكام النكاح لأن النكاح يوجب ملك

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له في أنه إسقاط بغير السراية والزوم كالطلاق ، حتى صح التعليق وصار إعتاق البعض كإعتاق الكل إما إفسادا في الملك أو تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق . ومن محاسنه أنه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات إلى كونه أهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية . وتفسيره في اللغة القوة ، يقال : عتق الفرح إذا قوى وطارعن وكره . وفي الشريعة : قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة والولاية والقضاء . وأسماء كثيرة : منها الإعتاق ، ومنها دعوى النسب ، ومنها الاستيلاء ، ومنها ملك القريب ، ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحربي في دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فإنه يعتق في قول أبي حنيفة ، ومنها الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك . وشرطه كون المعتق حرا بالغا مالكا ملكا عينا . وركنه ما ثبت به العتق ، وهو نوعان : صريح ، وكناية . وحكمه زوال الرق والملك عن الممل . وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف إلى ما بعد الموت ، وكل منها إما يبدل أو يغيره ، وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها . (قوله شرط الحرية لأن العتق) يعني الإعتاق لأنه قال والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله والصبي من أهل العتق ،

كتاب العتاق

(قال المنصف : شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في ملكه) أقول : ذلك أن تقول بعد قوله في ملكه لا يحتاج إلى شرط الحرية . والجواب أن اشتراط الحرية نقصود بالإفادة ولذلك لم يكتب بملوميته شيئا .

(قوله وتفسيره في اللغة الخ) أقول : أي تفسير العتاق بمعنى العتق ففيه استخدام إذا كان المراد من لفظ معنى الإعتاق كالإعتاق (قوله ومنها زوال يد الكافر عنه) إذا اشترى الحربي الخ) أقول : لم تزل يد الحربي عنه في هذه الصورة لأنه عنه لغير آخر كما سيأتي في كتاب السير . وزوال يده عنه فيها إذا هرب من دارهم أو ظهر عليها كما يجيء أيضا (قوله وشرطه كون المعتق حرا) أقول : فيه استخدام أيضا .

الطلاق، وبينان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لأنه في بيان أنه يملكه على أي وجه من الحل والحرمه والندب والسرمان وغير ذلك، ولا يخفى ما في الإعتاق من المحاسن فإن الرق أثر الكفر، فالعتق إزالة أثر الكفر وهو إحياء حكمي لأثر حكمي لموت حكمي . فإن الكافر ميت معنى . فإنه لم ينتفع بحياته ولم يبق حلاوتها العليا فصار كأنه لم يكن له روح . قال تعالى - أومن كان ميتا فأحييناه - أي كافرا فهديناه . ثم أثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب أهليته لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من إنكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصبح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه، وامتنع أيضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز . وفي هذا كله من الضرر مالا يخفى . فإنه صار بذلك ملحقا بالأموات في كثير من الصفات . فكان العتق إحياء له معنى . ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى إذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الإعتاق من نار الجحيم التي هي الملاك الأكبر . وقبل إحيائه معنى بإحيائه معنى أعظم لإحياء كما وردت به الأخبار عن سيد الأخيار . منها الحديث الذي ذكره المصنف رواه السنة في كتبهم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أما امرئ مسلم أعنت أمرا مسلما استغنى الله بكل عضوه عضوه عضو منه من النار» وفي لفظ «من أعنت رقبة مؤمنة أعنت الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج» أخرجه الترمذي في الأيمان والنور . ورواه ابن ماجه في الأحكام والباقون في العتق . وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم «أما رجل مسلم أعنت رجلا مسلما كان فكاكه من النار . وأما امرأة مسلمة أعنت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار» وزاد أبو داود «وأما رجل أعنت امرأتين مسلمتين إلا كانتا فكاكه من النار يخرى مكان عظيمين منهما عظما من عظامه» وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لأنه ظهر أن عتقه يعنى المرأتين بخلاف عتقه رجلا . والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة . ومنه عتاق الطير لحوارسها . وعتق الفرج إذا قوى على الطيران . وقرس عتيق إذا كان سابقا وذلك عن قوته . والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك أحد في عصر من الأعصار . وقبل للقديم عتيق لقوة سبقه . وللخمر إذا تقادمت لزيادة قوتها لقوة تأثيرها . وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال :

على "أية عتقت قديما . وليس لها وإن طلبت مرام

يعنى قدمت وأنها لا ترام بحل . وبعده :

بأن الفدر قد علمت معد " على "وجارتي مني حرام

المعنى أنه حلف من قديم أنه لا يغير ولا يزي في تجارتها . وكذا تقول عتقت إذا سبقت وذلك لفضل القوة . والعتق أيضا يقال للجمال . ومنه سمى الصديق عتيقا لجماله . وقيل لقدمه في الخير . وقيل لعنه من النار . وقيل لشرفه فإنه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكريم : يعنى الحسيب . وقيل قالت أمه لما وضعت هذا عتيق من الموت وكان لا يعيش لها ولد . وكل هذه المفهومات ترجع إلى زيادة قوة في معانيها . وقيل هو اسم العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تقواؤا له بالحسب المنيف أو بعدم الموت . وإذا كان العتق لغة القوة فالإعتاق إثبات القوة كما قاله في المبسوط . والعتق في الشرع : خلوص حكمي يظهر في الآدى عما قدمناه ثابتا بالرق . ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية بقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال إنه القوة الشرعية . ويمكن أن يكون

لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ، ولهذا لا يملكه الولي عليه ، والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعصت وأنا صبي فالقول قوله ، وكلنا إذا قال المعتق أعصت وأنا غيبون وجنونه كان ظاهرا

هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوي ، وعن هذا قال في الصحاح : العتق الحرية بناء على أن القوة المفسره بها لغة أعم من كونها في البدن أو ما يرجع إلى معنى آخر ، ولذا أطلقوه في المواضع التي عدناها باعتبار قوة ترجع إلى معان مختلفة ، إلا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق ، وبه صرح في المغرب حيث قال : العتق الخروج عن المملوكية ، فالإعتاق شرعا إثبات القوة الشرعية وهو التحرير لإثبات الحرية وهي الخلوص ، يقال طين حر للخالص عما يشوبه ، ومنه يقال أرض حرة لاخراج عليها ، والكل يرجع إلى معنى القوة . والرق في اللغة الضعف ، ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق ، وقد يقال العتق بمعنى الإعتاق في الاستعمال الفقهي تجوز باسم المسبب عن السبب كقول محمد أنت طالق مع عتق مولك إياك . وسببه الباعث في الواجب تفرغ ذمته وفي غيره قصد التقرب إلى الله تعالى ، وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب ، وقد يكون نفس الملك في القريب ، وقد يكون الإقرار بجرية عبد إنسان حتى لو ملكه عتق ، وقد يكون بالدخول في دار الحرب ، فإن الحرب لو اشترى عبدا مسلما فدخل به إلى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة ، وكلنا زوال يده عنه بأن هرب من مولاه الحربى إلى دار الإسلام ، وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره ، وهو نفسه ركن الإعتاق اللفظي الإنشائي ، وشرطه أن يكون العتق حرا بالغا عاقلا وحكمه زوال الرق عنه والملك بوصفته في الاختيارى أنه مندوب إليه غالبا ولا يلزم في تحققه شرعا وقوعه عبادة فإنه يوجد بلا اختيار ومن الكافر ، بل قد يكون معصية كالعقل للشيطان والعنم وكلنا إذا غلب على ظنه أنه لو أعقته يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق ، وينفذ عتقه مع تحرجه خلافا للظاهرية ، وقد يكون واجبا كالكفارة ، وقد يكون مباحا كالمعتق لزيد . والقرية ما يكون خالصا لله عز وجل . فتحصل أن العتق يوصف بالأحكام من الوجوب والتنب والإباحة والتحریم . هذا وفي عتق العبد الذي ألم ينفذ ما ذكرنا أجر لتمكنه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه ، وأما ما عن مالك أنه إذا كان أعلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم : أفضلها أغلاها ، بالمهنة والمعجمة فبعد عن الصواب . ويجب تقييده بالأعلى من المسلمين لأنه تمكين المسلم من مقاصده وتفرغه . وأما ما يقال في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر ، فإن الظاهر رسوخ الاعتقادات وإلغائها فلا يرجع عنها ، ولذا نشاهد الأحرار بالأصالة منهم لا يزدادون إلا ارتباطا بعقائدهم فضلا عن عرض حريته ، نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين ، وأما تفرغه للتأمل فيسلم فهو احتمال ، والله أعلم (قوله ولا ملك للمملوك) عن هذا قلنا إن مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور ، وعند

الآثرى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل على أن مراده بالعتق الإعتاق والصبي ليس من أهله لكونه ضررا محضا ، ويدل على ذلك أيضا قوله لأن المجنون ليس بأهل للتصرف فإن الإعتاق تصرف لا العتق . وقوله (ولهذا) أى ولكون البلوغ والعقل شرطا إذا قال البالغ أعصت وأنا صبي فالقول قوله ، لأنه لما أسند إلى حالة منافية للإعتاق كان إنكارا منه للإعتاق والقول قول المذكر . وقوله لأنه ليس بأهل لقول بلزم : يعنى لأن المصا يوجب الحجز

لوجود الإسناد إلى حالة منافية ، وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لأيصح لأنه ليس بأهل لقول مازم ، ولابد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبده غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا عتق فيها لأيملكه ابن آدم » (وإذا قال لعبد أو أمته أنت حر أو عتق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو) لأن هذه الألفاظ صريحة فيه ،

الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق عبدا وله مال فماله للعبد » رواه أحمد . وكان عمر إذا أعتق عبدا لم يتعرض لماله ، قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل ، وللجمهور ما عن ابن مسعود أنه قال لعبد : يا عمير إنني أريد أن أعتقك عتقا حنيا فأخبرني بمالك ، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيد » رواه الأثرم (قوله وكذا إذا قال الصبي الخ) وكذا إذا قال المجنون إذا أقتت فهو حر لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الأهلية حال التكلم المزم فلم يقع تعليقا معتبرا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) روى أبو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال صلى الله عليه وسلم « لا تلز ابن آدم فيها لأيملك ، ولا عتق له فيها لأيملك ، ولا طلاق له فيها لأيملك » قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روى في هذا الباب ، وقوله حتى لو أعتق عبده غيره لا ينفذ عقيد بعدم الوكالة (قوله لأن هذه الألفاظ صريحة فيه) أي الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكتاية فالصريح المولى والحرية والعتق بأى صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا ، فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقتك الله على الأصح ، وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر عتق عتق معتق ، ولو في النداء كياحر يا عتيق فإنه هكذا حر ، والمولى كقوله هذا مولاي أو يامولاي يعتق وإن لم ينو ، والمصدر العتاق عليك وعتقتك على . ولو زاد قوله واجب لم يعتق بلحواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر . ولو قال أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية ، ذكره في جوامع الفقه . فعل هذا لا بد من إصلاح ضابط الصريح ، ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لا إن نوى غيره إلا في القضاء . أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره ، فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على مانوى ، وينبئ أن يكون هذا إذا لم يكن هازلا ، فإن كان هازلا فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن نوى غيره وهو الكلب هزلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن

عن الأقوال . فإن قيل : لا نسلم ذلك بل هو أهل له ، ألا ترى أن صبيّا لو أقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الأصل لا تسمع دعواه ؟ أجب بأن المزم ثمة هو يد صاحب اليد وإقراره مؤكد . وقوله (وإذا قال لعبد أو أمته أنت حر) قال في المبسوط : الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان : صريح وكتاية . فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء ، أما صيغة الخبر فإن يقول قد أعتقتك أو حررتك ، وأما صيغة الوصف فإن يقول أنت حر أو أنت

(قوله ألا ترى أن صبيّا لو أقر بالرق لزمه) أقول : لعل المراد الصبي الذي كان في يد صاحب اليد قبل أن يدبر عن نفسه ، وإلا فالصبي المبر عن نفسه في يد نفسه كما مضى عليه في كتاب الشهادات .

لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع ، وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال غنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة)

عن أبي يوسف عن إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه » ونزلت هذه الآية - ولا تتخلوا آيات الله هزوا - في ذلك فإنه يقتضى وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به . وذكر يعنى محمدا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه . وزاد الشافعية في الصريح فلك الرقية . ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لذلك القائل « أليسنا سواء ؟ فلك الرقية أن تعين في عتقها » وقوله تصبح حرا إضاغة للعق وتقوم حرا وتعتقد يعنى في الحال . ولو قال أنت حر النفس عتق في القضاء ، وإن قال في أفعالك وأخلاقك لا يعنى ، هكذا روى محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة وقال : أما أنا أرى أن يعنى إذا أراد به الحرية ، وعن أبي يوسف : يعنى بالنية ، قيل والظاهر قول محمد رحمه الله . وبأذى تأمل يظهر أن لافرق بين هاتين العبارتين في المعنى ، فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل . وعن أحمد أنه صريح واستبعد (قوله لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا) على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمانة الوضع فوافق قول الإيضاح وغيره حيث قالوا : الصريح ما وضع له والوضع يعنى عن النية (قوله فأغنى عن النية) يعنى أنه لا يشترط النية لثبوت العق ، أما نية عدمه بأن ينوى به شيئا آخر فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سيذكر (قوله والوضع) أى وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يحمى فيه اختلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعها نوعيا ، مثلا وضع نسبة الفعل الذى عين الواضع صيغته للدلالة على مضى حاله إلى شيء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لإثبات أمر لم يكن وضع آخر له . والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من دفعها ، وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها ، وهذا لأن أهل اللغة أيضا يثبتون هذا المعنى : أعنى تحرير العبيد والإمام ببعض هذه الألفاظ ، فقولهم فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصح بفاعل الجعل المذكور ، ولا شك أنه الشارع ويفيده قوله كما في البيع أيضا ، وحينئذ فيجب أن يكون المراد يجعل الشارع تقريره ، وكذا في الطلاق والعتاق ، وقد قلنا في باب إيقاع الطلاق تقرير كلام الأصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا لإخباره بقبوله . وكلام الكافي في الحق أيضا مثله ، وهو يقتضى أنه على خبريته لم يجعل إنشاء أصلا ، وعلى هذا قرره المصنف في الطلاق ، ولفظه في البيع يخالف ذلك ، وإنما لا تعتبر النية لأنها إنما تعتبر إذا كان المراد مشتقها . والحق أن المعنى متبادر في خصوص المادة ، وهو ما إذا كان الخطاب لعبد أو بالإشارة كقولهم هذا حر فإنه يعنى به أيضا ، والوضع يعهد باتخاذ خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعها جديدا فليكن ثبوت الحق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحا لإخباره كما مضى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق . ثم هذا التقرير إنما يجري في غير النداء ، أما في النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعها بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف : هذا ويلحق بالصريح قوله لعبد وهبتك نفسك أو بعثتك نفسك منك فإنه يعنى وإن لم ينول أن موجب هذا اللفظ إله ملكه ، إلا أنه إذا أوجبه لأخر

حقيق ، وأما المتنادى فإن يقول يا حر يا عتق ، وكذلك لو قال لعبد هذا مولاي الخ .

لأنه بجملة (ولا يدين قضاء) لأنه خلاف الظاهر (ولو قال له باحر يا عتيق يعنى) لأنه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضى تحقق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقتضى بثبوته تصديقا له فيما أخبر، وسنقره من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا ساء حرا ثم ناداه باحر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو مالم يقبه به . ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعنى ، وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف (وكذا لو قال وأسلك حر أو وجهك حر أو رقبك أو بدنك أو قال أمته فرجك حر) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق، وإن أضافه إلى جزء شائع

يتوقف على قبوله ، وإذا أوجبه للعبد يكون مزىلا بطريق الإسقاط فلا يحتاج إلى قبوله ولا يرتد بالرد ، أما إذا قال بعثك نفسك بكذا فإنه يتوقف على القبول (قوله ولا يدين لأنه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال عتيت أنه كان حرا في وقت فإنه ينظر إن كان العبد من السبي دين ، وإن كان مولدا لا يدين كذا في الغاية .

[فروع] في البدائع : دعا عبده سالما فأجابه آخر فقال أنت حر ولا نية له عتق الحبيب . ولو قال عتيت سالما عتقا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى إنما يعنى الذى عنه ، ولو قال بإسلام أنت حر فإذا هو عبد آخر عتق سالم لأنه لا مخاطب هنا إلا سالم ، وفيه قال لعبد أنت حر أو لزوجته أنت طالق إن نوى العتق والطلاق وقع لأنه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب ، إلا أنها ليست صريحة لأنها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكتابة فتقف على النية ، ولو قال أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لأنه إذا صار حرا في شيء صار حرا في كل الأشياء (قوله وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع أولها هذا وتام عبارة فيه فيقتضى تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقتضى بثبوته تصديقا له وسنقره من بعد : أى في مسئلة يا بنى . ثانيا فيما إذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد أو آزاد وناداه باحر أنه يعنى فقال لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف المذكور ، وهذان معا يفيدان أن عتقه باختيار إخباره عن ثبوت الوصف الذى هو الحرية فيه فيثبت تصديقا له ، ولا يخفى أنه لا إختيار في النداء إلا ضمنا ، فإن قوله باحر يتضمن معنى يامن تصبف بالحرية فتثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه ، وهذا يفيد أن ثبوتها اقتضاء تصحيحا لإخباره الضمنى وهو لا يقتضى نقل الإخبار إلى الإنشاء ، وأما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا بنى يا أحنى حيث لا يعنى فراد فيه في ثبوت الإعتاق قيلا آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذى عبر به عن المنادى يمكن إثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل لغير إعلامه باستحضاره ، والنبوة لا يمكن إثباتها حالة النداء لأنه لو خلق من مائه كان اثنا له قبل النداء لآيه .

[فروع] في جوامع الفقه قال لعبد غيره باحر أسقى ثم اشتراه يعنى ، قيل هذا نقض للقاعدة . أجيب بأنه يمكن إثباته حال النداء بأن أعتق عبد غيره فأجاز المولى فإنه يعنى (قوله لأن مراده الإعلام) أى إعلام العبد باسم علمه ليحضر بنداؤه ، وهذا ظاهر إذا كان علمته له معلومة فيكون قصد لغيره استحضار الذات هو الإختيار دون الظاهر فلا يعنى إلا أن يريد فيعتق حينئذ (قوله أو قال أمته فرجك حر) يخص الأمة لأن قوله لعبد فرجك

وقوله (وسنقره من بعد) أراد به قوله في مسئلة يا بنى على ما سيجى . وقوله (إلا إذا ساء حرا) استثناء من قوله . ولو قال له باحر (قوله وكذا عكسه) يعنى بأن ناداه بقوله باحر وكان لقبه آزاد . وقوله (فيعتبر إخبارا عن الوصف) قيل فيه نظر ، لأنه إذا لم يكن حر علما له كان قوله باحر إنشاء للحرية لا إخبارا عن الوصف .

يقع في ذلك الجزء ، وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى ، وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ، والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه (ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق) لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعثت ، ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مراداً إلا بالنية قال (وكذا كتائبات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج من الملك ونخلة السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية ، وكذا قوله لأمنته قد أطلعتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن أبي يوسف رحمه الله ، بخلاف قوله طلقك على ما نئين من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق)

حر فيه خلاف قيل يعتق كالأمة . وعن محمد لا يعتق لأنه لا يعبر به عنه بخلاف الأمة ، ولو قال لها فرجك على حرام ينوى العتق لا تعتق لأن حرمة الفرج مع الرق يجتمعان ، وفي لسانك حر يعتق لأنه يقال هو لسان القوم ، وفي الدم روايتان ، ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت ، وفي الدبر والامت الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر به عن البدن ، وفي العتق روايتان ، والأولى ثبوت العتق في ذكرك حر لأنه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وفلان فعل ذكر وهو ذكركم (قوله وسيأتيك الاختلاف فيه) عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسألة تجزئ الإعتاق الآتية (قوله ولو قال لا ملك لي عليك) شروع في الكتائبات . والحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه ، ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه ، فالأول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لارق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقوله لأمنته أطلعتك أو أنت حر أو قال لعبدك أنت حر عتق في الجميع إن نوى ، ولو قال

وأجيب بأنه إذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية ، والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف ، وكان النداء إخبارا بأن المنادى موصوف بهذه الصفة . وقوله (وسيأتيك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف في تجزئ الإعتاق على ما ذكره ، وقوله (وقد بيناه) يعني في الطلاق . وقوله (وكذا قوله لأمنته قد أطلعتك) يعني إن نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك المناسبة للإرسال نخلة السبيل ، بخلاف قوله طلقك فلأنها لا تعتق لأنه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه ، وقوله لأن السلطان عبارة عن اليد ، يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والامتلاء فتفي نفي اليد وكأنه قال لا يد لي عليك ، ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق بل جواز أن تزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب ، بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه . ولو نفي الملك بأن قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق . فإن قيل : زوال اليد إما أن يكون ملزوما لزوال الملك أو لازما له ، فإن كان الأول فليكن مجازا لأن المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم ، وإن كان الثاني فليكن كناية لأن الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم . فالجواب أنه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ، ولا يلزم له لانفكاكه زوال الملك عنه فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم .

(قوله فالجواب أنه ليس بملزوم ، إل قوله : فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم) . أقول : قال الهنلي التميمي يعقوب بادا : فيه كلام ، فإنه لم يميز أن تبعية المصلحة بين زوال اليد والإعتاق ، فإن زوال اليد يلزم للإعتاق . فإن قلت : الإعتاق إزالة الملك منه

لأن السلطان عبارة عن اليد ، وسمى السلطان به لقيام يده وقد يبقّى الملك دون اليد كما في المكاتب ، بخلاف قوله لاسبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق (ولو قال هذا ابني

أنت لله أو جعلتك لله خالصا روى عن أبي حنيفة أنه لا يعتق وإن نوى ، لأن الأشياء كلها لله بحكم التخليق ، وعنها أنه يعتق لأن الخلوصل لا يتحقق إلا بالعتق . والثاني نحو أن يقول لعبيده بنت منى ولأمته بنت عتي أو حرمت على أو أنت برية أو بائن أو بنة أو اخرجني أو اخرني أو استترى أو تقننى أو اذهبى أو اختارى فاختارت نفسها لأنه يثبت العتق بها وإن نواه ، وكذا طلقته وكذا سائر صرائح الطلاق وكتايباته لما سنذكر ، وكذا إذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى ، وفي المعنى اذهب حيث شئت كتابة ، ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك . وقال بعض المشايخ : يعتق إذا نوى كقوله لامرأته أنت مثلا امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا إن نوى الإبراء (قوله لأن السلطان عبارة عن اليد) قيل فيه تسامح ، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد ، لكن كلام المصنف يفيد أنه التمتع لا التماسك والتجوز فإنه قال : وسمى السلطان به لقيام يده فإنه يقتضى أن المعنى الحقيقي الأصل للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما تسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ، ثم قيل هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس : كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد ، فإذا قال لاسلطان لي عليك فإنما نفي الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب ، بخلاف نفي السبيل لأنه نفي الطريق ، والطريق السلوك لا يراد حقيقة هنا فعمل كتابة عن الملك ، لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره ، والملك في العبد يتوصل به شرعا إلى إنفاذ التصرفات ، فإذا صح جعله كتابة عنه عتق إذا أَراده ، بخلاف السلطان فإنه اليد فنفية نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب ، فلو جعل كتابة عن العتق ونفيه إزالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لا يجوز ، وكذا لا حجة لي عليك . واعلم أن بعض المشايخ مال أنه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك ، وبه قال الأئمة الثلاثة . وقال بعض المشايخ : إنه ليس ببعيد . وعن الكرخي رحمه الله : فني عمري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل ، ومثل هذا الإمام لا يقع له مثل هذا إلا والأهل مشكل وهو به جدير . أما أولا فإن اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الحارسة المحسوسة بل القدرة ، فإذا قيل له سلطان : أى يد يعنى الاستيلاء . وقد صرح في الكافي بأن السلطان يراد به الاستيلاء ، وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل أولى بأدنى تأمل . وأما ثانياً فالسانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما

وقوله (لأن للمولى على المكاتب سبيلا) يعنى من حيث المطالبة يبدل الكتابة ، حتى إذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق . قال (ولو قال هذا ابني) ومن قال لعبيده الذي يولد

أبي حنيفة . قلت : نعم لكنه إزالة مخصوصة ، ولو سلم فلا يتضح الكلام على قوله ما وليس في المسألة خلاف مسوع ، بل الصواب في الجواب أن يقال : إن اللفظ المستعمل في حق العبد إنما يحمل على العتق مجازا إذا كان أسل معناه متافيا للعبيدية ، سواء كانت المنافاة بسبب العتق أو بسبب آخر ، فلا يحتمل العتق يحمل عليه مع النية كما في لاسبيل لي عليك . وأما إذا لم يكن متافيا كما في لا يد لي عليك فلا لعدم الضرورة فاعلم له . وفيه بحث ، فإن الحصر المستفاد من قوله إنما يحمل على العتق النفع المنع لا بد له من دليل ، وكيف لا يمنع العتق من محتملات كلامه وفيه تشديد عليه . ثم في جواب الشارح بحث من وجه آخر بأن يقال وكذا زوال السبيل ليس يلزم لزوال الملك ، فإن الملك يزول بالبيع قبل تسليم المبيع والتمتع والبيع سبيل من حبس المبيع إلى أن يسلم المثل . وجوابه أن السبيل للمصاف لا لزوم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتأمل قال . المصنف لأن للمولى على المكاتب سبيلا الخ) أقول : متناقض لقوله لأنه يحتمل نفي السبيل بالبيع والكتابة .

وثبت على ذلك عتق) ومعنى المسئلة إذا كان يولد مثله لثله . فإن كان لا يولد مثله لثله ذكره بعد هذا ، ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف ثبتت نسبة منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبة منه ، وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبة منه لتعدد ويعتق إعمالا للفظ في مجازه عند تعدد أعماله بحقيقته ، ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاي أو يامولاي عتق) أما الأول فلأن اسم المولى

وضع له غير مانع . إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي ، ولا بدع في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة ، فإن المعنى الحقيقي فيها يصير فردا من المعنى المجازي ، كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازي : أعني العتق أو زوال الملك ، فالذي يقتضيه النظر كون نبي السلطان من الكتابات (قوله وثبت على ذلك) قيل هذا قيد اتفاق لا معتبر ولذا لم يذكره في المبسوط . وذكر في الينابيع الثابت ليس بالزام . وفي النهاية رأيت بخط شيخني وفي شرح القدروري لأبي الفضل أراد بقوله وثبت على ذلك أنه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك بصدق . وفي أصول فخر الإسلام : الثابت على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق . ويوافقه ما في المحيط وجامع همس الأئمة والمجتبي : هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لأجنبي يولد مثله لثله هذه بنى ثم تزوجها بعد ذلك جاز أصراً على ذلك أم لا . قالوا : هذا في معرفة النسب ، أما مجهولة النسب إن دام على ذلك ثم تزوجها لم يميز وإلا جاز . قال في المجتبى عرف بهذا أن الثابت شرط . الفرقه وامتناع جواز النكاح لا العتق ، وإنما شرط الثابت لثبوت النسب لا العتق لأن ثبوت النسب يصح الرجوع عن الإقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوج بمن أقر بينتيها . وفي مختصر الكرخي : إذا أقر مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فإن المال كله للموصى له ولا شيء للمقر له لأن المريض جحد ما أقر به من ذلك ولم يكن لإقراره لازماً ، ثم إذا قال هذا ابني هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت في ملكه ؟ قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب ، وقيل تصير أم ولد في الوجهين ، وقيل إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبة منه لا تصير أم ولد له ، وإن كان مجهول حتى ثبت نسبة منه صارت أم ولد له وهذا عدل (قوله إذا كان يولد مثله لثله) يعني إذا كان مثله في السن يجوز شرعا أن يكون ابناً لثله المدعى في السن هذا هو المراد . وحاصله إذا كان سنه بمثل كونه ابناً له المشاكلة حتى لو كان المدعى أبيض ناصباً والمقول له أسود حالاً أو بالقلب وسنه بمثل

مثله لثله وليس له نسب معروف هذا ابني (وثبت على ذلك) ثبت النسب فيعتق عليه . ومعنى قوله ثبت على ذلك ولم يدع به الكرامة والشفقة ، كذا في شرح القدروري لأبي الفضل ، حتى لو ادعى ذلك بصدق . وقيل الثابت شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحاً دون العتق . وقيل هو شرط اتفاق . وقوله (لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب) لأنه ليس له نسب معروف فيثبت نسبة (وإذا ثبت عتق لاستناد النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف تعدل ثبوت النسب لكنه يعتق إعمالا للفظ في مجازه عند تعدد الحقيقة) وسيجيء بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاي) ظاهر . وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقصر عليه وهو يستعمل في ثلاثة وعشرين معنى ، ذكره ابن الأثير . أما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى : ذلك بأن الله مولى الدين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم . وأما بمعنى ابن العلم فكما في قوله تعالى : وإني خفت اللوالب من ورثي

وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاتة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له ، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فاتفق الأول ، والثاني والثالث نوع مجاز ، والكلام للحقيقة والإضافة إلى العبد تنافى كونه معقفا فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصریح ، وكذا إذا قال لأمتة هذه مولاتى لما بيننا ، ولو قال عنتى به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيها بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر ، وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مراداً التحق بالصریح وبالنداء باللفظ الصریح يعتق بأن قال ياحرّ ياعتق فكلمنا النداء بهذا اللفظ . وقال زفر رحمه الله : لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله ياسيدى يامالكى . قلنا : الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به ، بخلاف ما ذكره لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق

كونه ابنه ثبت النسب (قوله وإن كان ينتظم الناصر) قال تعالى - ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم - وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا - وإلى خفت المولى من ورأى - (قوله فتعين الأسفل فالتحق بالصریح) أورد عليه شارح أنه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صریحا فلا بد من التية ، وقولهم المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم . على أنا نقول : الصریح يفوق الدلالة ، والتكلم بنادى أنا عنتى الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة ، وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على أن المراد الأسفل ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة اهـ . والجواب أن قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد إن أراد دائماً منعناه بخوار أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقرانه بما ينشئ غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيها نحن فيه ، ومنعه أن المولى لا يستنصر بعبد لايلزم ما أسنده به من قوله تحصل النصرة بهم لأن المراد أنه إذا حزه به أمر لا يستدعى للنصر عبده بل بنى عمه وإن كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه ينافى من دعائهم عادة وتناديهم لذلك فأين دعاؤه إياهم لذلك من كونهم ينصرونه . وأما قوله الصریح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية فطغا قلمه فنقول هذا الصریح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى إنما قاله بعد قوله عما هو ملحق بالصریح في إرادته العتق فأثبت حكمه ذلك ظاهرا ، وهذا الصریح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضى والكلام فيه ، ونحن نقول فيها بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة . واعلم أن في المسئلة خلافا ذهب بعض المشايخ أنه لا يعتق في هذا مولاى إلا بالنية ، وأنه بين الصریح والكناية (قوله وقال زفر : لا يعتق في الثاني) وهو يامولاى إلا بالنية ، ويقول قال الشافعى ومالك وأحمد لأنه يراد به الإكرام بمنزلة قوله ياسيدى يامالكى أفاد أنها من الكنايات بالاتفاق ، فإذا قال لعبد ذلك ناويا للعتق عتق وهكذا في ياسيد ، وقد قيل إنه يعتق بهما وإن لم ينو ، وقيل إذا لم ينو عتق في ياسيدى لا في ياسيد . واختار أنه لا يعتق فيها إلا بالنية (قوله بخلاف ما ذكر) وهو ياسيدى يامالكى لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا

وقوله والثالث نوع مجاز (يعنى الموالاتة في الدين لأن المولى مشتق من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشتق والمغربى من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه ، كذا في بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير : وقوله فالتحق بالصریح) يعنى بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبدا . وقوله (وأما الثاني) يعنى به قوله يامولاى . وقوله (بخلاف ما ذكر) يعنى قوله ياسيدى يامالكى

فكان إكراماً محضاً (ولو قال يا ابني أو يا أخى لم يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذ كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حراً على ما بيناه ، وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام مجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انحلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان مجرد الإعلام . ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذاً أنه يعتق فيهما والاعتقاد على الظاهر . ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه ، وكلنا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير للابن والبنات من غير إضافة والأمر كما أخبر (وإن قال لغلام لا يولد مثله لئله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا : لا يعتق وهو قول الشافعي

بعد العتق لأنه لا يصير سيداً بالعتق لسيده . والوجه أن حقيقة متعللة لفرض أن المتكلم حرّ غير عبد فتعين المجاز ، ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز أن يريد مجازياً آخر هو الإكرام فلا يتعين لأحدهما إلا بالنية ، فقلنا إذا نوى بياسيدي العتق عتق ، أما إذا لم تكن له نية صير إلى الأخف الذي هو الإكرام ، لأن زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بلانية ، بخلاف يامولاي لأنه بحقيقته في الأسفل يثبت العتق وبعد انتفاء الحقائق الآخر بالنافي (قوله ولو قال يا ابني أو يا أخى لم يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى بمطلوبة حضوره ، فإن كان بوصف يمكن إثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف ، وإن لم يمكن مجرد للإعلام والبنوة لا يمكن إثباتها من جهة العتق إلا تابعا لو خلق من ماء غيره ولا تثبت ثبوت النسب ، وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل ، إذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق . وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله : لو قال لعبد ياعى يا خالي أو يا أبي يا جدي أو يا ابني أو يا جاريته ياعى يا خالي أو يا أخى أو لعبد ياعى لم يعتق في جميع ذلك ، ووجهه على وجه ينفع . وأعلم أنه إذا كان المقصود من النداء استحضار الذات إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتاً له مع النداء والا ، ولا شك أن الابنية لا يمكن إثباتها لذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره ، فقول المصنف لأنه لو خلق

لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق ، معناه أن معنى قوله يامولاي يامن عليه ولاء العتاق حيث تعين الأسفل مراداً فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق ، بخلاف قوله ياسيدي يامالكي فإن معناه يامن له السيادة والملك على ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الإكرام والتلطيف . وقوله (ولو قال يا ابني أو يا أخى لم يعتق) فرق بينهما وبين قوله يا حراً في وقوع العتق به دونها لأن النداء إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص كما هو في قوله يا حراً فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال (على ما بينا) يعني في قوله لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى الخ ، وإذا كان بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام مجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره ، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انحلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان مجرد الإعلام ، هذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبي حنيفة أن يعتق فيهما) أى في قوله يا ابني يا أخى . والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حراً ياعتي يامولاي ، وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة ويقول يا ابني ويا أخى والاعتقاد على الظاهر . وقوله (ولو قال يا ابن) ظاهر . قال (وإن قال لغلام لا يولد مثله لئله) إذا قال لعبد وهو أكبر سنًا منه (هذا ابني عتق عند أبي حنيفة ، وقال لا يعتق) وهو قول أبي حنيفة أو لا (وهو قول الشافعي) وأصل هذه المسئلة أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما ، وفي

رحمه الله لم أنه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو كقولہ أعنتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق . ولأن حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حرته من حين ملكه ، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحرته ، إما إجماعاً أو صلة القرابة ، وإطلاق السبب وإرادة السبب مستجاز في اللغة مجوزاً ، ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشاكلة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تمجراً عن الإلغاء ، بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجتهما صحتين حيث لم يعمل مجازاً عن الإقرار بالمال والزامه وإن كان القطع سبباً لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرض ، وأنه يخالف مطلق المال في الوصف

من ماء غيره إلى آخره لافتادة فيه للقطع بأنه إذا خلق من مائه لا تثبت الابنية إلا بذلك التحقير من ذلك الماء لا باللفظ ، وهذا على أن ثبوته لا بطريق الاقتضاء ، وذلك لأن ما ثبت لتصحيحه يجب كونه خبراً صريحاً بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف ، وعلى هذا فما قدمنا تقريره في ياحر مساهلة لعدم اختلاف الجواب فإن الثابت الحرية ، فإن قرر ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني أو إثباته بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود . وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها إلا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقيق وصف الابنية ، غير أنه يستلزم ثبوت النسب إذا كان العبد مجهول النسب ، ومثله يولد له ، وعدم العتق إذا كان معلوم النسب (قوله لم أنه هذا كلام محال) أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو نفسه ، وإذا عد لغوا لم يوجب حكماً أصلاً لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق ، كما أنه لما لغا قوله أعنتك قبل أن أخلق

التكلم عند أبي حنيفة على ما عرف في الأصول وقد قررناه في التقرير فقالا : الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز ، بخلاف الأصغر سنا فإن الحقيقة فيه متصورة لإمكان أن يكون العلوق منه واشهر نسبه من غيره فصار كما لو قال أعنتك قبل أن أخلق أو تخلق . وقال أبو حنيفة : تصور حكم الحقيقة ليس بشرط ، فإنه لو قال لحره اشترتك بكذا كان نكاحاً صحيحاً ، والحره ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم . وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدأ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكت لأن البنوة إذا ثبتت في المملوك كان حراً من حين العلوق وذكر الملزوم وإرادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحاً لكلامه ، بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لأنه لا وجه للمجاز إذ ليس قوله أعنتك قبل أن أخلق ملزوماً لقوله أنت حر من حين ملكت لأن الأول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي وروده البتة ، والثاني لا يكون ملزوماً لما ينافيه وإلا لزم انشكاك الملزوم عن اللازم وهو محال . وقوله (وهذا يخالف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجتهما صحتين) جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجاز ، وإن لم يكن الحكم متصوراً لوجب عليه الأرض في الصورة المذكورة لأن القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازاً عن قوله لك على خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله ، وتقرير جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب مال مطلق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الأرض .

(قال المصنف لم أنه كلام محال فيرد فيلغو) أقول : يرد عليه هذا أسد إلا أن يقولوا فرق بين إفادة الحكم الشرعي وغيره والكلام المحال لا يبيد الأول فليعامل (قال المصنف : والمشاكلة في وصف ملازم من طرق المجاز) أقول : نعم إلا أن اعتباره مشكلاً هنا فإنه في الاستثناء : ٧١ أن يحمل نفل زيد أسد مجازاً وجوابه في التلويح .

حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع ، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له ، أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جملة مجازا عنه .

لم يثبت به العتق ، وهذا بناء على أن شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الأصل فإن المجازى ليس محلا ، وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بأن يكون مثلاً مبتدأ وخبراً ، ومن سعد بانتهاض وجهه في المبنى سعد بهذا الفرع ونحوه ، وبه يعرف أن استدلال المصنف كله في غير محل النزاع لأهم لا يتكرو أن البتة سبب العتق وأنه طريق المجاز ، بل يشترطان بعد ذلك شرطاً آخر وهو تصور حكم الأصل : أى الحقيقى . فتحرير محل النزاع أن نقول اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به ، والأصل أن لا يصار إلى المجاز إلا عند تعلل معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر . واختلفوا في جهة الخلفية ، فعندهما الخلفية بينهما في الحكم : يعنى أن الحكم الذى يثبت المجاز كثبت الحرية بلطف هذا ابني خلف عن الحكم الذى يثبت نفس هذا اللفظ إذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب . وعند أبى حنيفة في التكلم : يعنى نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملاً في الحرية خلفاً عن هذا ابني مستعملاً في ثبوت البتة . وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الأصل ، والأول أوجه وإن كان معنى الآخر صحيحاً لأهم لم يحكموا خلافاً سوى في جهة الخلفية ، وعلى ما قيل يكون فيها ، وفي الأصل أيضاً أنه نفس اللفظ الذى هو المجاز في الاستعمال الحقيقى أو اللفظ الذى يردى ذلك المعنى المجازى بطريق الحقيقة . وقال فخر الإسلام في تحرير قول أبى حنيفة : يشترط صحة الأصل من حيث أنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته ، فإذا وجد وتعلل الحمل بحقيقته إلى آخر ما ذكره ، ولا شك أن صحة الأصل من تلك الجهة مع تعلل معناه الحقيقى إنما هو في هذا ابني للأكبر منه ، أما في هذا حر فصحيح لفظه ولم يتعلل معناه الحقيقى ، واستدل لهما مرة بأنه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له إلى المتجاوز فيه لتوقف اللازم على الموضوع فلا بد من إمكانه وإلا استحالة لأن الموقوف على الحال محال ، ومرة بالقياس على مسئلة الخلف على مس السماء وشرب ما في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يثبت عقيب الجين في الأولى ، ويجب الكفارة فيه دون الثانية ، فوجوب الكفارة خلف عن البر ، ولما أمكن البر في الأولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ، ولما لم يتصور في الثانية لم تعتقد ، فرأينا الخلف يعتمد قيامه إمكان الأصل ، وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود أولى من غيره . وأجيب عن الأول بأن توقفه على فهم الموضوع له على أنه غير مراد لينقل عنه إلى اللازم المراد ، وفهمه لا يستلزم إمكان تحققه في الخارج . ونجيب عن الثانى أن تلك الخلفية بين حكيمين شرعيين ، ومعنى خلفية حكم شرعى لآخر هو كونه إنما يتعلق شرعاً بتقدير تعلل

حتى وجب على العاقلة في سنتين) بلفظ الثنية كذا في النهاية ، وذلك المال الذى هو مسبب عن القطع لا يمكن إثباته بدون القطع ، فما هو مسبب لا يمكن إثباته ، وما يمكن إثباته ليس بمسبب . وحاصله أن هذه الصورة مما تعلل فيه الحقيقة والمجاز فيلغو ، أما الحقيقة فظاهرة ، وأما المجاز فلأن قطع اليد خطأ بلزوم للأرض الذى هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع متلف فاللزوم وهو الأرض كذلك . وقوله (أما الحرية لا تختلف) معناه الحرية التى جعلها قوله . هذا ابني وهى الحرية من حين ملك مجازاً عنها لا تختلف ذاتاً وهو زوال الرق ولا حكاماً وهو صلاحه للقضاء والشهادة والولايات كلها (فأمكن جملة) أى جعل قوله هذا ابني (مجازاً عنه) أى عن الحرية على تأويل العتق (٥٦ - فتح البدر حتى - ٤)

ولو قال هذا أبى أو أمى ومثله لا يولد لثلهما فهو على الخلاف لما بينا ، ولو قال لصبي صغير هذا جدى قيل هو على الخلاف ، وقيل لا يمتنع بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهى غير ثابتة في كلامه فتعلم أن يجعل مجازا عن الموجب ، بخلاف الأبوة والبنوة لأنهما موجبا في الملك من غير واسطة ،

امثال الأول ، وهذا فرع تعلق الأول ، وتعلق الخطاب دائر مع الإمكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتميم للوضوء ، فلا يتصور شرعا خلف استحصال أصله لأنه لا تعلق إذ ذاك ، ولم يجب في مسألة الكوز لعدم تعلق وجوب البر ، وحينئذ ظهر أنه لا ملازمة بين لزوم إمكان عمل حكم شرعى لتعلق الحكم بخلفه ، ولزوم إمكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا ، وظهر مما ذكرنا أن حكم الممين الأصلي هو وجوب البر لا البر نفسه . والجواب عن الثالث أن هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع ، ولم يعلم من جهة أهل اللسان أنهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز وهو لا يحتاج شيئا سوى إلى إدراك الحقيق ، ثم الحاجة إلى إدراكه ليس لنفسه بل لتستعمل العلاقة فإنه مالم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة إلى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات ، فاشتراط إمكان وجود المعنى الحقيق في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فإنه يستلزم أن لا يجوز زيد أسد فإنه وزان هذا ابني للأعبر منه ، فإن معنى المركب الحقيقى مستحيل لاستحالة كون الإنسان أسدا . والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته ، وما فرق به من أن هذا مستعار بجملته ، بخلاف هذا أسد لأن المجاز في نسجه دون الألفاظ ممنوع ، وإذا ثبت انتفاء هذا الشرط فلا تكلم بكلام وتعلم الحقيقى له وللکلام طريق يتجاوز به فيه تعين نوى أو لم ينو إذ لا مزاحم كى لا يلقى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك ، فإنه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكته استعمالا لاسم الموزوم في لازمه ، ثم إن كان هذا دخیل في الوجود عتق ذبابة قضاء ولا قضاء ، ولا تصير أمه بذلك أم ولد له ، بخلاف اعتقته قبل أن أخلق أو تخلق لأنه لا طريق فيه إلى المجاز فلما ضرورة . وقوله وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخرهما ، وهو إذا كان قال لآخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صبيحتين فإنه يلفو هذا الكلام بالاتفاق ، ولم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال لعدم إمكان معناه الحقيقى . فأجاب بأن لغوه ليس لتعلم الحقيقى بل لتعلم كل منه ومن المجازى لأن المال الذى انقطع سببه مال مخصوص وهو الأرض الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته إلا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب . والذي يمكن إثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع إيجاب المال مطلقا فلما ضرورة ، بخلاف مانع فيه لأن الحرية لا تختلف ذاتا حاصلة عن لفظ حر أو لفظ ابنى ، فأمكن المجازى حين تعلم الحقيقى فوجب صونه عن اللغو . وقوله (ولو قال هذا أبى الخ) جواب عما قيل .

أو المذكور (ولو قال هذا أبى أو أمى ومثله لا يولد لثلهما فهو على الخلاف) وهو الأظهر . وقوله (لما بينا) يعنى من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني (ولو قال لصبي صغير هذا جدى قيل هو على الخلاف) والوجه ما تقدم (وقيل لا يمتنع بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك (من بنوة أو حرية) إلا بواسطة وهو الأب وهى غير ثابتة في كلامه (فتعلم أن يجعل مجازا عن الموجب) وهذا يشير إلى أن الوسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدى أبو أبى عتق وقد ذكره بعض الشارحين (بخلاف الأبوة والبنوة لأنهما موجبا في الملك بلا واسطة

ولو قال هذا أخى لا يعنى في ظاهر الرواية ، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يعنى . ووجه الروايتين ما بيناه ، ولو قال لعبد هذا ابنتى فقد قيل على الخلاف ، وقيل هو بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم إنه بلغ فقال بل هو على الخلاف أيضا ، فعند أبى حنيفة يعنى . وأما لو قال لعبد الصغير هذا جدى فأجاب عنه أولا بأنه على الخلاف ، وقيل هو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعنى بملكه ، وثانيا بالفرق ، وأنه لا يعنى اتفاقا . وهو أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب ولا وجود له في اللفظ (قوله ولو قال هذا أخى) أى لعبد (لا يعنى في ظاهر الرواية) وعن أبى حنيفة يعنى وهى رواية الحسن . وجه الروايتين ما بيناه ، فحوالة وجه رواية الحسن على قوله إن البنوة سبب الحرية في المملوك ، ويعرف منه وجه هذه وهو أن الأخوة سبب لعنق المملوك ، وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدى ، وقيل لا يعنى بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلى آخر ما ذكر . ونظيره هنا أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب أو الأم ، ولا ذكرنا به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ، ولأن الأخوة تنال لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب إلا بدليل ، حتى لو قال من أبى أو من أمى أو من النسب عتق إذا عرف هذا فلا شك في صحة الأصل المذكور ، لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير إليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازين أو يتعين هذا لأنه أيسر كما قررناه في يابى يابى لما تعلقنا بالحقيق لم يعنى عليه في القضاء إلا بالنية . فإن أوجب بأن اعتبار القائدة الشرعية أولى وهى المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخى فإنه لا يعنى به . ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة ، وحكم المشترك التوقف إلى القرينة . حتى لو قال من أبى ونحوه عتق ، وبأن العتق بعله الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه ، يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ، ولو دلز بينهما كان المجاز أولى وأن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعنى في هذا خالى وعى وهى بالاختلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع . وفرق بينه وبين هذا أخى بأنه يحتمل الإكرام والنسب ، بخلاف التم فإنه لا يستعمل للإكرام عادة ، وهذا يقوى ما أوردناه في هذا ابنى فلا يخلص إلا بترجيع رواية العتق في هذا أخى وهى ما نقلها المصنف (قوله ولو قال لعبد هذا بنى) وكذا

(ولو قال هذا أخى لا يعنى في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يعنى ، وجه الروايتين ما بيناه) أما وجه رواية العتق لما ذكره بقوله وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحرية الخ ، فكل ذلك ههنا الأخوة في الملك نوجب العتق ، وأما وجه رواية عدم العتق فلقوله في مسألة الجحد لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة ، وكل ذلك ههنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب أو الأم لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وهذه الوسطة غير مذكورة ، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الوسطة . قال في المبسوط : إن اختلاف الروايتين في الأخ إنما كان إذا ذكره مطلقا بأن قال هذا أخى ، فأما إذا ذكره مقيدا وقال هذا أخى لأبى أو لأمى فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الأخوة مشترك قد يراد بها الأخوة في الدين ، قال الله تعالى - إنما المؤمنون إخوة - وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة ، قال الله تعالى - وإلى عاد أخاهم هودا - وقد يراد بها الأخوة في النسب ، والمشارك لا يكون صحيحة . فإن قيل : البنوة أيضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق بإطلاق قوله هذا ابنى ؟ أوجب بأن البنوة من الرضاع مجاز ، والمجاز لا يعارض الحقيقة (ولو قال لعبد هذا ابنتى فقد قيل هو على الخلاف . وقيل هو) أى عدم العتق (بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى) لأن المذكور والإناث من بنى آدم جنسان (قوله أوجب بأن البنوة الخ) أقول : فيه أن الأخوة حقيقة في المجاورة في صلب أو رحم لم يصرحوا بمجاز في غيرها .

بالمسمى وهو معلوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح (وإن قال لأتمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم يعتق) وقال الشافعي رحمه الله : تعتق إذا نوى ، وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله . له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين ، أما ملك العين فظاهر ، وكذلك ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأييد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل الفظين في إسقاط ما هو حق وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط ، أما الأحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ، ولهذا يصلح لفظه العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه .

إذا قال لأتمته هذا ابني لا يعتق وإن كان يولد مثله لمثله ، لأن الأول مجاز عن عتق في المذكر لأنه لجهة البتية حقيقة . والثاني عنه في الأثني فاتفق حقيقته لا تنفاد على ينزل فيه ، ولا يتجاوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره ، ولئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف ، وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع أن الاتفاق على البديع على منه اللهم إلا أن يعتبر المجاز عقليا في نفس إضافة البنت ، وكل من لفظ الإشارة والبنت والياء حقيقة ، فالتجاوز في نسبة المراد بالإشارة بالبنتية إلى مسمى الياء عن نسبه إليه بالعنق فيستعين الأول ، وما ذكره المصنف بيان لتعلر عتق بطريق آخر وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار ، تعلق بالمشار وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الأصل في باب المهر وهو الذي أراده بقوله حققناه في النكاح ، والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان لأن الذكر والأنثى في الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى : أعني مسمى بنت وهو معلوم هنا لأن الثابت ذكر (قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح) كانت مطلقة والطلاق والكناية ، كما لو قال لأتمته أنت على حرام أو بائن أو بنته أو بنت مني أو خلية أو برية وحبلك على غارك وأخرجني وقومى وأذهبي وأغرني واختاري فاختارت نفسها وتسمى ، أو قال ذلك لعبد ، أو قال له طلقك لا يعتق في ذلك كله وإن نوى ، بخلاف ما تقدم من قوله أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق . وقال الشافعي : يعتق في ذلك كله إذا نوى . وعن أحمد روايتان : أحدهما كقولنا ، والأخرى كقوله (قوله لأن بين الملكين) أي ملك الرقية وملك النكاح (موافقة) (قوله إذ كل منهما الخ) حاصله أنه إثبات للمشابهة بين الملكين : أعني ملك الرقية وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما ، أما الأول فإن النكاح في حكم ملك العين شرعا لأملاك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأييد

مختلغان ، وإذ لم يكن المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح ، والمسمى ههنا معلوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما . (قوله وإن قال لأتمته أنت طالق أو بائن) ظاهر لى قوله وعمل الفظين وهو جواب عما يقال الإعتاق إثبات القوة ولهذا تثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض . وتقرير الجواب الإعتاق أيضا إسقاط بدليل صحة التعليق فيما ، وأما الأحكام فليست بواردة لأنها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير أن الإعتاق إزالة المانع فاستوى الإعتاق والطلاق . وقوله (ولهذا) أي ولكون العتق محتمل لفظه (يصلح لفظه العتق والتحرير كتابة عن الطلاق فكذا عكسه) لأن مبنى المجاز على المناسبة والشيء لا يناسب شيئا إلا الشيء الآخر يناسبه ، وإنما قال على ما قاله مشايخهم لأن المنصوص عن الشافعي لفظه الطلاق فحجب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكنائية

ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتراف لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد، وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتراف يحيا فيقتلر ، ولا كذلك المنكوحه فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ، ولأن ملك الميم فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لاعما هو فوقه ، فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه

له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى إنه يبطل به ، إذ هو لازم لملك المنفعة : أعنى الإجارة ، ويستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الإجارة . وأما الثاني فإن كلا من التصرفين إسقاط للملك ، ولهذا يصح تعليقه بالشروط ولزمت السراية فيه ، وأما الأحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الأموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثلث لها ، بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا ، فإن هذه خصائص الآدمية ، فالآدمية مع التكليف هي السبب ، وإنما امتنت بمانع الرق ، وبالعق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة في حق الخروج ، والزواج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا يسلب أهليتها عنه ، ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ، ولهذا يصح لفظه العتق والتحريز كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لأن صحة الأول للمناسبة وهي مشتركة لأنها نسبة بين الطرفين فإذا ناسب الشيء غير ناسب الآخر (قوله ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه) أى ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المسمى الشرعى ، كما لو قال

(ولنا أنه نوى ما لا يحتمله كلامه) لأنه لامناسبة بينهما تجوز الاستعارة لأن الإعتراف لغة إثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق العبد : إذا قوى وطار عن وكره : وفي الشرع أيضا كذلك لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتراف يحيا فيقتلر . والطلاق في اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم أطلقت البعير عن القيد إذا حلتته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا إثبات قوة الانطلاق ، وكذلك في الشرع لأن المنكوحه لم تزل بالكيته فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فظهر القوة وليس بين إثبات القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ، ولا خفاء أن الأول أقوى والأدنى لا يصلح أن يكون مستعارا للأعلى على ما ذكر ، ولأن ملك الميم فوق ملك النكاح لأن ملك الميم قد يستلزم ملك المنعة إذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن ، وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك الميم أصلا ، وكل ما كان هو أقوى فإسقاطه أقوى فملك الميم إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقته لاعما هو فوقه ، وهذا لأن مثل هذا أمجاز إنما يكون فيها إذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في أحدهما أقوى منه في الآخر ، وأنت ترى إلحاق الأضعف بالأقوى على وجه القسوة بينهما فتدعى أن ملزوم الأضعف من جنس ملزوم الأقوى وتطلق عليه اسم الأقوى كما إذا كان عندك شجاع وأنت تريد أن تلحق جرأه وقوته بجرأة الأسد وقوته فتدعى الأسدية له بإطلاق اسم الأسد عليه ، وهذا كما ترى إنما يكون بإطلاق اسم القوى على الضعيف دون العكس ، وإذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك الميم أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتق والطلاق دون عكسه ، والفرق بين التكتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتراف إثبات والطلاق

(قوله والفرق بين التكتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتراف إثبات) أقول : بعد ما تبين بالدليل

استقى ينوي به العتق أو الطلاق لا يقمان . وإنما قلنا إنه لا يسوغ استعماله فيه لأن مسوغ استعمال اللفظ في المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه . والأول منتف . وكذا الثاني لأن التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها ، وهذا ما يقال إن نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعاً عاماً . وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعاً نوعياً ، وحقيقة الحاصل معنى قوله كل لفظ وجد بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلم يتكلم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه أنه استعمال اللفظ باعتبار جزئ من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحقيقه في ذلك الجزئ أو نقل اعتباره . والثابت عنه في علاقة المشابهة أن يكون في وصف خارج ظاهر في التجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه في التجوز به فيصير التجوز به مشبهاً والتجوز عنه مشبهاً به ، وقولهم يشترط كونه وصفاً مختصاً مرادهم كونه ظاهراً في المشبه به التجوز عنه لاحقية الاختصاص والإلم لا يمكن مشتركاً فلا يتجوز باعتباره إلى ما ليس هو فيه ، فلأولاً لا يجوز التجوز بأسند للأبخر والمحسوم مع أنهما وصفان ملازمان للأسد لعدم ظهورهما وشبهتهما . ولثاني وجب أن لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز أكثر منه في محل الحقيقة . إذا عرف هذا فنقول : الإعتاق إنما هو إثبات تلك القوة التي فصلنا فروعهما للعلم بعدم ملك تلك الأمور قبله . والأصل في إضافة علم الشيء أن يكون إلى عدم مقتضى لا إلى قيام المانع لأن علمه هو الأصل في عدم الحكم . لأن الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى ، ولو سلم فالأصل عدم المقتضى فيبقى على عدم العلم بملك يثبت وجوده ولم يثبت ، ودعواه أنه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضى ملكاً ، أما عقلاً فظاهر ، وشرعاً لم يثبت بل إنما يثبت شرعاً دوران ذلك الملك مع الحرية فلتكن هي السبب الشرعي ، والطلاق لإزالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج ، وهذا لأن ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ، ولا مناسبة بين إزالة المانع في محل ليعمل الملك القائم عمله وبين إثبات الملك الزائل محل لعلاقة تجوز التجوز ، وهي أن تكون مختصة بالتجوز عنه : أي ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا ، فإن الإسقاط المشترك ثبوته في العتق أكثر وأوفر منه في الطلاق ، والتجوز بلفظ الطلاق يقتضى كون الطلاق هو الأكثر إسقاطاً وأشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ الحق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ، ولأن العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب في المسبب ، بخلاف قلبه فإنه المسبب في السبب وهو ممنوع إلا إن اختص وإلا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة ، وما قيل ليس سبباً أيضاً بدليل أن الأمة لو كانت متزوجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك التمتع إنما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف ، ولو سلم فالعلة إنما تؤثر عند كون الحكم معلوماً قبلها ، ألا يرى أن البول بعد الرياح لا يوجب حدثاً ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث ، وعلى من يلتزم أنه يوجب حدثاً آخر يمكن أن يقال : أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة ، فمن هذا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك

رفع فأتى بتناسيبان ، وفي الثاني تسليم أن كلا منهما إسقاط لكن الإعتاق أقوى وهو ينافي الاستعارة .

التي نقله من الشافعية أن الاعتقال إسقاط لا وجه لهذا المنع والبند ثم يضيغ ليعرض على هذا الجواب الأول أقوى .

(وإذا قال لعبيده أنت مثل الحر لم يعتق) لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوق الشك في الحرية (ولو قال ما أنت إلا حر عتق) لأن الاستثناء من النفي لإثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لأنه تشبيه بمخلف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن .

(فصل)

أو ملكتها أو وهبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعث نفسك منك ، فهذه كتابات لا يحتاج إلى النية لأن الاحتياج إليها إذا كانت تحمل معاني وهذه لا تحمل غير العتق فاستغنت عنها . ومنها ما يقع بالنية كما تقدم . ومنها ما لا يقع وإن نوى كلفظ الطلاق وكتايباته . والتحقيق في مثل الأول أن يقال إنه ملحق بالصریح كما في مولاى من حيث إن ماسوى العتق انتفت إرادته فتعين فألحق بالصریح ، والانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعلل حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازى ، وهذا بناء على أن الصریح يخص الوضعى وإلا فيجعلان صریحا ، وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا (قوله ولو قال ما أنت إلا حر عتق) لأن الاستثناء من النفي لإثبات على وجه التأكيد ، هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الأصول ، وقد بيناه في الأصول وأنه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت ، وأما كونه إثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفي بخلاف الإثبات المبرد (قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لأنه تشبيه بمخلف حرفه ، ولو قال رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميعه (وهذا يقتضى أنه لا ينوى كما لو قال رأسك حر فإنه لا يحتاج إلى النية ، لكن المسئلة منقولة في نواذر ابن سحاة لو قال رأسك حر عتق إذ أنواه . وفي نواذر هشام قال أبو يوسف : لو خاطب مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق . وفي المارونى : لو رآها تمشى فقال هذه مشية حر أو تتكلم فقال هذا كلام حر لم تعتق ، إلا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبي يوسف . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه : يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وفي نواذر ابن سحاة عن محمد قال : حسبك حر أو أوصلك حر وعلم أنه من سبي لا يعتق لأنه صادق ، وكذا لو قال أبوالك حران . وفي نواذر المجلل قال أبو يوسف : لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ، ويسمى فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق . وفي نواذر ابن سحاة عن محمد لو قال استلك حر كان حرا ، وكذا ذكرك حر وتقدم .

(فصل)

وقوله (وإذا قال لعبيده أنت مثل الحر) إطلاقه يشير إلى أنه نوى العتق أو لم ينو لم يعتق . وذكر في المبسوط لم يعتق إلا بالنية ، وفي تعليقه إشارة إلى ذلك لأنه قال لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوق الشك في الحرية ، ولا شك أنه إذا نوى الحرية زال الشك . وقوله (عرفا) يجوز أن يراد به العرف العام ، فإن العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الأوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا إذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم أه خط أو جود أو غيرها ، ويجوز أن يراد به العرف الخاص فإن بعض أهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحققة . وقوله (ولو قال ما أنت إلا حر الخ) ظاهر .

(فصل)

(فصل) ومن ملك ذا رحم محرّم

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالحرمة ولاداً أو غيره ،

أعقب العتق الاختيارى بالأضطرارى (قوله وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائى عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثورى عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم) « من ملك ذا رحم محرم عتق عليه » وضعفه البيهقى والنسائى بسبب أن ضمرة انفرد به عن سفيان ومحمده عبد الحق ، وقال : ضمرة ثقة ، وإذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه ، وصوب ابن القطان كلامه ، وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره وإن لم يحتج به فى الصحيح . وأما الحديث الثانى وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » فأخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد ابن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم . قال أبو داود وغيره : انفرد به عن الحسن عن سمرة ، قال : وقد شك فيه ، فإن موسى بن إسماعيل قال فى موضع آخر عن سمرة فبا يحسب حماد ، وقد رواه شعبة مرسل عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وشعبة أحفظ من حماد انتهى . وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو أن رفع الثقة لا يضره إرسال غيره . ورواه الطحاوى من حديث الأسود عن عمر موقوفا ، وروى من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة على بأسانيد ضعيفة . وروى الطحاوى بإسناده إلى سفيان الثورى عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلا تزوج ابن أخيه مملوكته فولدت أولادا فأراد أن يسترى أولادها فأتى ابن أخيه عبدالله بن مسعود فقال : إن عمى زوجتى وليلته وأنا ولدت لى أولادا فأراد أن يسترى ولدى ، فقال ابن مسعود : كذب ليس له ذلك . وفى الميسوط أن ابن عباس قال « جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله إني دخلت السوق فوجدت أختى يباع فاشتريته ، وإنى أريد أن أعتقه ، فقال صلى الله عليه وسلم

لما ذكر العتق الحاصل بالإعتاق الاختيارى الذى هو الأصل ذكر فى هذا الفصل عامة مسائل العتق الذى يحصل بغير اختيار كإرث قريه . وخروج عبد الحربى إلينا مسلما وولد الأمة من مولاها ، والرحم فى الأصل وعاد الولد فى بطن أمه ، ثم سميت القرابة ، وصلة من جهة الولاد رحا ، ومنه ذو الرحم والمحرّم هو الذى لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ، وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضى الله عنهم وقال صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » رواه الخمسة إلا النسائى ، واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤبدة بالحرمة ولاداً أو غيره ، فإن قيل الضمير فى مثله يعود إلى من كما فى قوله صلى الله عليه وسلم « من دخل دار أبى سفيان فهو آمن » وأمثاله فلا يكون حجة . أجب بأن وقوعه جزاء لقوله « من ملك » ينبوع ذلك لتلازمه تحصيل الحاصل فإن تملكه يدل على حرته إذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حر لو عاد إليه كان تكراراً غيره مفيد ، فإن قيل : صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لن يحرى ولد والده إلا أن يعده مملوكا فيشتريه فيعتقه » عطفه بالغاء التى للتحقيب فلا يمتنع ما لم يعتقه . أجب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ،

(قوله وولد الأمة من مولاها) أقول : فيه شيء ، فإن العتق بدعوة المولى كما لا يخفى (قوله والرحم فى الأصل وعاد الولد ، إلى قوله : ومنه ذو الرحم) أقول : فيه شيء (قوله أجب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول : المراد عدم صحة كونه دليلا لأننى سمع الحديث

والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره . له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه ، والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق أو الاستدلال به ، ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه . ولنا ما روينا ، ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه ، وهذا

« فإن الله قد أعفته » (قوله والشافعي الخ) ويقولنا قال أحمد ، وذكر الخطابي في معالم السنن أنه قول أكثر العلماء . وفي الغاية روى ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة ، وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحامد والحكيم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن ابن حي والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق والمظاهريه . وقال مالك : يعتق في قرابة الولادة والإخوة والأخوات لا غير . وفي الميسوط قال داود الظاهري : إذا ملك قريبه لا يعتق بدون الإعناق لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم « لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتره فيعتقه » ولوعت بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ، ولأن القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه . ولنا قوله تعالى - وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا - . إن كل من في السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبدا . لقد أحصاهم وعدهم عدّا ، وكلهم آتية يوم القيامة فردا - ثبت به أن الابنية تنافي العبدية ، فإذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه ، والتعقيب حاصل إذ العتق يعقب الشراء وإنما أثبتنا له الملك ابتداء لأن العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لأنه لا فائدة في إثباته لاستعقاب البيئته (قوله له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك في الولاد ينفيه القياس) على غير القريب من العبد وعلى سائر الأملاك إذ لا يخرج من ملك مالكها من غير رضا واختيار (أولا يقتضيه) القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والإجماع إلا من لا يعتد بخلافه ، والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق : أي لإلحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال : أي الإلحاق بطريق الدلالة لعدم الأولوية والمساواة ، بل يجب الإلحاق بغير المحارم من القرابات ، فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعلمها كأنباء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات . ويجب رد المتنازع فيه إلى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم ، وهو الثاني أشبه حقيقة وحكما ، أما حقيقة فلأن قرابته قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعصبية ، وأما الثاني فلأننا رأينا أحكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاثر فكذا في هذا الحكم (قوله ولنا ما روينا) فيضمحل معه جميع المعاني المعينة ، والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (بملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه) كما في الولاد (وهذا) أعني كونه قرابة مؤثرة في المحرمية

وعمله أن مثله يستعمل في حصول الثاني بالأول لاسباب آخر كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثال له . قوله (والشافعي يخالفنا في غيره) أي في غير الولاد ، واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه ، وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس ، وكل ما لا يقتضيه لا يخل فيه . فيه بالاستدلال : أي بدلالة النص إلا إذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه ، وههنا ليس كذلك لأن قرابة الأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه .

(قوله وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به غيره آخر بالقياس) أقول : ولا يبعد أن يمكن فيقال كل ما ينفيه القياس لا يلحق به بدلالة النص وكل ما لا يقتضيه لا يبدل غيره بالاستدلال : أي بالقياس .

هو المؤثر في الأصل ، والولاد ملغى لأنها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ،

(هو المؤثر في الأصل) وهو قرابة الولاد : يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ، ولو سلم فغاية ما صنع أنه أرانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الأصل بأخرى متعدية إلى ما لم يتعد إليه تلك وهي ما عينا من القرابة المحرمة لأنها قد ظهر أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو أدنى الذلتين ، فلأن يؤثر في دفع أعلاهما وهو ملك الرقة أولى ، وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص أيضا يدل على تعيينه وهما روبا فإنه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمة لما عرف ، وهذا يفيد إلغاء ما عينه ، وقول المصنف (حتى وجبت النفقة) إلزام بمختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى - وعلى الوارث مثل

ولنا ما روبا وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية ، وكل من فعل ذلك عتق عليه ، أما أنه ملك ذلك فبالإجماع ، وأما أن كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لأن هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لأنها أي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ، ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح . أما حرمة النكاح فبالإجماع ، وأما وجوب النفقة فذهنا ، لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - كان ثابتا البتة فاستدل به . ولمشاينا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الذلتين وهو ذل النكاح فلأن تصان عن أعلاهما أولى ، فإن ادعى أن ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعي تفصيل الإمام على الحرائر وهو باطل قطعاً ، وإجماعاً على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى لامحالة ، ولا فرق بين أن يكون المالك مسلماً أو كافراً ، وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح . فإن قيل : هذه القرابة إن أوجب العتق أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار إليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الأخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الإعتاق أيضاً . أجب بأن علة النفقة ليست القرابة المحرمة في الأخوة بل بصفة الورثة لقوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - واختلاف الدين يمنع الإرث فكذلك ما يبنى عليه ، وإنما قال أو كافراً في دار الإسلام لأن الحربى لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق ، فإنه لو اعتقه لم ينفذ عتقه ، فكذلك لا يعتق عليه بالملك . فإن قيل : عدم إنفاذ العتق بالإعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فإن الصبي والمجنون إذا اعتقا لم ينفذ ، وأما إذا ملك ذا رحم محرم منه عتق . فالجواب أن الأصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالإعتاق أيضاً لأن الوقوع بالملك إنما هو بإلزام الشرع لعدم التصرف منه ، وما لزم بإلزامه يلزم بالالتزام أيضاً بالاستقراء ، إلا أننا تركنا هذا الأصل في حق الصبي والمجنون بالسانع ، وهو أن الإعتاق تصرف صار من كل وجه ، وهما ليسا من أهله لما عرف في موضعه ، وكذا إذا عتق المسلم عبداً حربياً في دار الحرب لم يعتق عليه . قال في النهاية : وبهذا يعلم أن قوله في دار الإسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما إذا كان المالك مملوكاً أو كافراً لا ينحصر تعلقه

(قوله حتى وجبت النفقة وحرم النكاح الخ) أقول : يعني علم تأثير تلك القرابة في جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح (قوله فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى الخ) أقول : محل تأمل . ويمكن جوابه بما مر من المصنف قد فصل : وحل الرجل أن ينفق على أبويه في تعليل قوله ولا يجب على التصبر إلى نفقة أعيه المسلم .

ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة . والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقرره على الإعتاق والافتراض عند القدرة ، بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقاً لمقصود العقد . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضاً وهو قولهما فلنا أن نمنع ، وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لأن الحرمة ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلاً لهذا العتق ، وكذا المهنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد

ذلك - ألزم به غير معتبر بخلافه وكأنه ثابت اتفاقاً ، وقولهم إن الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الأفراد بالرفع ، وهو غير قاضح لأن الراوي قد يفصل كثيراً ما يرسل ، ومعلوم أنه إذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة ، وغاية الأمر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى ، ولو كان رسلاً كان من المرسِل المقبول ، أما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته . وأما على قول الشافعي فيقبل إذا عملت الصحابة على وفقه ، وأنت سمعت أن الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم ، فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم ، فإن شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لأنه لإلحاق بالأشبية ولا أثر له ، ولو كان صحيحاً عنده فالمنع الذي ظهر أثره في جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع (قوله والافتراض عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكاثر فقال عليه العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل ، والافتراض إنما يثبت عند القدرة ، وإنما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الإعتاق ، والكتابة نوع إعتاق فليس كتابة غير الولاد ما تنظم كتابته ، بخلاف كتابة الولاد فإنه لكون الجزئية قائمة بدخل لأن الكتابة ترد على جميع أجزائه ، على أن عن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الأخ وهو قولهما فلنا أن نمنع . والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار أنه تمليك من نفسه وشهادتهما من وجه ، وهذا المانع منتف في غير الولاد (قوله ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام) وكذا لا فرق بين ما إذا كان العبد مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة وهي

بقوله أو كافراً . وقوله (والمكاتب إذا اشترى أخاه) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد . وتقريره : لا تسلم أنه لا يتكاتب عليه ، بل قد زوى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الأخ أيضاً . ولئن سلمنا وإنما لا يتكاتب عليه لأن المكاتب ليس له ملك تام يقرره على الإعتاق لأنه عبد ما بقي عليه درهم ، وإنما ألحق بالملك فيما هو المقصود من الكتابة ، ومن لا قدرة له على الإعتاق لا يعتق لأن فرض المسئلة عند القدرة . فلن قيل : لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد . أجاب بقوله بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة لأن عتق نفسه كما كان مقصوداً بالكتابة لكونه يتغير بالرق فتكذلك رقب الوالد والولد ، فإذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقاً لمقصود العقد ، وأما حرية الأخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه . وقوله (وهذا بخلاف ما إذا ملك بنت عمه) جواب نقض إجمالي . تقريره : لو كان تمليك

(قوله لأن المكاتب ليس له ملك تام إلخ) أقول : فيه بحث ، فإن المكاتب أن يكتب كاسبيعي في كتاب المكاتب ، فلو صح هذا الكلام يلزم أن لا يجوز تليته .

فشابه النفقة (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصم عتق) لوجود ركن الإعتاق من أهله في عمله ووصف القرابة في اللفظ الأول زيادة فلا يحتل العتق بعلمه في اللفظين الآخرين (وعتق المكروه والسكران واقع) لصدور الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل (وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صح كما في الطلاق) أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق ، وأما التعليق بالشرط فلا أنه إسقاط

القرابة المحرمية وقيد بقوله في دار الإسلام لأنه لا حكم لنا في دار الحرب ، فلو ملك قريبه في دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافا لأبي يوسف . وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحرابي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الإيضاح . وفي الكافي للحاكم عتق الحرابي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا . أما إذا أعتقه وخلاه قال في المختلف : يعتق عند أبي يوسف وولاه له وقال لا ولاء له ، لكن عتقه بالتخاية لا بالإعتاق فهو كالمرأع ثم قال : المسلم إذا دخل دار الحرب فاشتري عبدا حريبيا فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخاية لأنه في دار الحرب ولا تجرى عليه أحكام الإسلام . وفي الاستحسان : يعتق من غير تخاية لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ، ولا ولاء له عندهما وهو القياس . وقال أبو يوسف : له الولاء وهو الاستحسان ، وذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير ، وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الإيضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب ، وهنا نص على أنه داخل هناك بعد أن كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الإسلام ، وهذا بخلاف استحسان النفقة لأنها منوطة بعلة القرابة المورثة بالنص ، فلم تجب مع اختلاف الدين (قوله وعتق المكروه والسكران واقع) في المكروه خلاف الأئمة الثلاثة ، والإكراه لا يزيل إلا الرضا والعتق لا يتوقف عليه ، ولذا جاز عتق الهازل . وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق (قوله أما الإضافة إلى الملك) كما يقول إن ملكك أو ملكك عبدا ونحوه فهو حر (ففيه خلاف الشافعي) أي وحده ، فإن مالكا يوافقنا فيه وكذا عن أحمد . وفرق بينه وبين الطلاق إذ لم يجوز إضافته إلى الملك بخلاف العتق بأن العتق منسوب إليه بخلاف الطلاق . وعندنا

ذی الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعنقت ابنة العم التي هي أخت من الرضاة على ابن عمها إذا اشتراها وليس كذلك . وتقرير الجواب أن المراد بالمحرمة عمومية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لأن الرضاة هو المؤثر ، وذكر هذا الجواب إنما هو لزادة الإيضاح لأنه كان معلوما من أصل دليله حيث قال : ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك ، والصبي جعل أهلا لهذا العتق وكذلك المجنون ، فإذا دخل قريبه في ملكهما تغير صنع منهما كالإرث وأهبة عتق عليهما لأن العلة ذی الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة . قال (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى) ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله مضافا إلى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه ، ووصف القرابة وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه الأول زيادة فلا يحتل العتق بعلمه في اللفظين الآخرين يعني الشيطان والصم . وقوله (وعتق المكروه) واضح وقد تقدم في الطلاق (وإن أضاف العتق إلى ملك) بأن يقول لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حر (صح كما في الطلاق) وإن علق بشرط كقوله إن دخلت الدار فأنت حر فلكلوك .

فيجري فيه التعليق بخلاف التليكات على ما عرف في موضعه (وإذا خرج عبد الحربى إلينا مسلما عتق) لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين « هم عتقاء الله تعالى »

المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك (قوله فيجري فيه التعليق) لاختلاف فيه بيننا وبين الشافعى رحمه الله ، إنما الخلاف في أنه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق إلى وجود الشرط ، فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل التمين وعنده يبطله ، والخلاف مبنى على انعقاد المعلق سببا في الحال عنده ، وعندنا عند وجود الشرط (قوله وإذا خرج عبد الحربى إلينا مسلما عتق) سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما أو لا . وقيد بالخروج لأنه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق ، ويقولنا قالت الأئمة الثلاثة . وقال الأوزاعى : إذا خرج سيده مسلما يرد إليه . وعند الظاهرية : إذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج . وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك . ثم أجاب بأننا لم نقل بهذا إلا لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج إليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهى بعد الخندق بدره ، وبدعوى نسخ تلك الكفار للمؤمن بقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - ولا شك في اتجاه الإيراد وهو مما يصلح دليلا لنا ، وفي الجواب ما لا يخفى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف) أخرجه أبو داود في الجهاد والترمذى في المناقب عن علي رضي الله عنه واللفظ لأبي داود قال : خرج عبدان بكسر العين إلى النبي صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح ، فقال موالئهم : يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هربا من الرق ، فقال ناس : صدقوا يا رسول الله ردّهم إليهم ، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : « ما أراكم تنهون يامعشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا ، وأبى أن يردهم إليهم وقال : هم عتقاء الله سبحانه » قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، ورواه الحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم . وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازى جماعة من العبيد خرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عندهم واحدا واحدا أبو بكره ووردان والمنبث والأزرق وعحسن النبال وإبراهيم بن جابر ويسار ونافع وبرزوق ، كل هؤلاء أعتقهم صلى الله عليه وسلم ، فلما أسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء أن يردّوا إلى الرق ، فقال صلى الله عليه وسلم « أولئك عتقاء الله لا سبيل إليهم » وأخرج عبد الرزاق : حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان ، حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي بكره « أنه خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهم الذين يقال لهم العتقاء . وفي مراسيل أبي داود : « فلما أسلم موالئهم ردّ النبي صلى الله عليه وسلم هؤلاء إليهم وفيه مجهول . وأخرجه البيهقي مرسل وقال « ثم وفد أهل الطائف فأستلموا وقالوا : يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال : لا ، أولئك عتقاء الله وردّ إلى كل رجل ولاء عبده »

أما الإضافة ففيه خلاف الشافعى وقد تقدم بيانه ؛ وأما التعليق بالشرط فلأن الإعتاق إسقاط والإسقاط يجرى فيه . التعليق) بالاتفاق بخلاف التليكات . والخلاف فيه بيننا وبين الشافعى بوجه آخر وهو أن زوال الملك عنده يبطل التمين وعندنا لا يبطله ، فإذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له . وقد عرف في الأصول (وإذا خرج عبد الحربى إلينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين « هم عتقاء الله ») روى ابن عباس رضي الله عنهما : أن عبيد بن الطائف خرجا فأبسلما

ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعاً لها) إذ هو متصل بها (ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعاً لما فيه من قلب الموضوع . ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافتراقاً (ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ، ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة ، واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز

(قوله ابتداء) احتراز عن بقاء الرق فإنه يبق بعد الإسلام بعد ثبوته بطريقه (قوله عتق حملها) بإجماع الأربعة ، ولو استثناء لا يصح كاستثناء جزء منها خلافاً لأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين ، وقولهم مروى عن ابن عمر وأبي هريرة . وقال أبو يوسف : إذا خرج أكثر الولد فاعتقت لا يعتق هو لأنه كالمفصل في حق الأحكام حتى تنقضي به العدة ، ولومات وهو في هذه الحالة ورث ، بخلاف ما إذا مات قبل خروج الأكثر (قوله ثم إعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور خلافاً للظاهرية فلأنهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق أمه تبعاً له . ولا يجوز بيع الأم إذا عتق ما في بطنها ويجوز هبتها . والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصداً فكذلك بخلاف الهبة (قوله لما فيه) من قلب الموضوع (وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس ، وقد يقال هذا إنما يرد نقضاً لو كان عتق أم الولد تبعاً لعتق ابنها بالنص وهو منتف إذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقة رقه . وليس كذلك لأنه يعلق حراً فلا يرد نقضاً أصلاً لاحتياج إلى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس ، وسند ذكر أنه إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين عتقه (قوله والقدرة عليه) أي على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه

فاعتقهما النبي صلى الله عليه وسلم (ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء) وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لأنه في البقاء من الأمور الحكمية دون الجزئية فيجوز بقاءه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها . وقوله (وإن أعتق حاملاً) ظاهر . واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة . وأجيب بأنه لما أعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الأم بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الأمة ، واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط على ما سيجي . وقوله (واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز) قيل عليه سلمنا ذلك ، لكن ينبغي أن يتوقف العتق على أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول ، وهو أن يكون عاقلاً يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه : وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت عاقلة تعقل العقد . وأجيب بأن

(قوله فيجوز بقاءه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها) أقول : الكلام في عتقه بالخروج إلينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقه ليتأمل (قوله واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة) أقول : الأنسب تشبيه السؤال بطرح قوله بخلاف الهبة (قال المصنف : ولو أعتق الحمل على مال صح) أقول : قال في الكافي : ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمته أعتقت نأى بملك على ألف درهم عليك لقبيلته وفيه بحث .

على مامر في الخلع ، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه ، لأنه أدنى مدة الحمل . قال (وولد الأمة من مولاهما حر) لأنه مخلوق من ماله فيعتق عليه ، هذا هو الأصل ، ولا معارض له فيه لأن ولد الأمة لمولاهما (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجع جانب الأم باعتبار الخصانة

(قوله على مامر في الخلع) الحوالة غير راجحة فإنه لم يذكره في هذا الكتاب ، والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبي أن العتق على مال معاوضة فإنه يملك العبد به نفسه وتحدث لها القوة الشرعية وذلك أي شيء نفيس ، ولا يجوز اشتراط العوض إلا على من يسلم له الموعوض كما في البيع والإجارة ، بخلاف المرأة فإنها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لأن ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الأجنبي ، فإذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه ، وكذا لا يصح بطريق الكفالة لأنه لا يجب على الجنتين فكيف يجب على الكفيل ، فلذا لو قال للأمة أعطت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فبجاعت بولد لأقل من ستة أشهر منه عتق بلا شيء لأنه لا يجب له على أمته شيء بسبب غيرها (قوله لأقل من ستة أشهر منه) أي من وقت العتق ، فلو جاءت به لستة أشهر فصاعدا منه لا يعتق إلا أن يكون حملها توأمين جاءت بأولهما لأقل من ستة أشهر ثم جاءت بالتاني لستة أشهر أو أكثر ، أو تكون هذه الأمة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لأقل من سنتين من وقت القراق ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الإعتاق حينئذ فيعتق لأنه كان محكوما بوجوده حين اعتقه حتى ثبت نسبه ، وعلى هذا فرع المالو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا ، إن ضربها بعد العتق لأقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لأبيه إن كان له أب حر لأنه حر ، وإن لم يكن تكون له نصبة المولى لأن المولى قاتل فلا يستحق الإرث ، وإن ضرب لستة أشهر لاشيء عليه لأنه عبده كذا ذكر (قوله فيعتق عليه) التحقيق أنه يعلق حراً إلا أنه يعلق محكوما ثم يعتق كما يقتضيه

ذلك في صريح الشرط ، وأما ههنا فالمسئلة المذكورة بكلمة على وكان ذكر المال ههنا وصفا للإعتاق ، ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة ، وفيه نظر لأنه يقتضى أنه إن ذكر بكلمة الشرط توقف ، ولا بد فيه من رواية ، واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لأنه قال فيه : وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه . والأولى أن يقال : لما علم المعتقد عدم كون الحمل أهلا للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصدا للإعتاق بلا مال أو يجعل حاله على ذلك صوتا لكلامه عن الإلغاء . وقوله (على مامر في الخلع) قال في النهاية : هذه حوالة غير راجحة ، ويحتمل أن يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير ، فإن في شروحه فرق بين الخلع والإعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الأجنبي دون الإعتاق لما ذكرنا في الخلع أن الأجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لها بمقابلة المال ، فكما جاز عليها جاز على الأجنبي ، والإعتاق يثبت القوة الحكيمة التي لم تكن للعبد قبله ، وكان في مقابلة شيء يحصل له ، والأجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري . وقوله (وإنما يعرف قيام الحبل) واضح لأن التيقن بوجود الحمل في البطن إنما يحصل بذلك . وقوله (منه) أي من وقت العتق . قال (وولد الأمة من مولاهما حر) لأنه مخلوق من ماله فيعتق عليه هذا هو الأصل ، يعني أن الأصل أن يخلق الولد من ماء ضابط الماء (ولا معارض له فيه)

(قال المصنف : فيعتق عليه) أقول قال ابن أفسام : الولد يعلق حراً فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النسي صل الله عليه وسلم لم يكن قط إلا حراً لأنه يعلق بمولوك ثم يعتق كما يعلقه ظاهر المأثرة . وفي البسوط : الولد يعلق حراً من المأثرين له . ولو أجزيت المأثرة على ظاهرها لم ينظر على ما سبق كما لا يخفى (قال المصنف : هذا هو الأصل) أقول : أي كون الولد مخلوقاً من مده الوالد بأن يكون له دخل في هو الكثير الغالب وإن كان يتبع غلامه قليلاً كيمي وأبدم عليهما السلام فلا يرد أنه كيف يكون هذا هو الأصل مع ترجيح جانب الأم فليتامل .

أو لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزواج قد رضى به ، بخلاف ولد المغرور لأن الوالد ما رضى به (وولد الحرة حر على كل حال) لأن جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية

ظاهر العبارة فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط إلا حرا . وفي المبسوط : الولد يعلق حرا من المائمين لأن مائه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة ، بخلاف ابنه من جارية الغير فإن مائه مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائها يتيقن ، بخلاف الرجل ، ولذا لا ينفق عنها بحال وقد ينفق عن الأب ، ويثبت النسب منها بالزنا وبعد الملاعة حتى يتوارثان دون الأب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض ، أو لاستهلاك مائه بمائها لأنه في موضعه ويزداد قوة منها لأتمته ، أو ترجح بالحضانة والريبة أو لأنه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يفرض بالمقراض ويعتق بعقدها ويستقن من بيعها والزواج قد رضى برق الولد حيث أقدم على تزويجها مع العلم برقمها وفي هذا إجماع ، حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا ، بخلاف المغرور فإنه لم يرض به لعدم علمه فلذا يعلق حرا في حقه فتجب قيمته (قوله كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية

أى في الولد لأن ماء الأمة لا يعارض مائه لأن مائه مملوك له فيكون الماean له ، بخلاف أمة الغير لأن مائه مملوك لسيدها فتتحقق المعارضة ، وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض المائمين . ويرجح جانب الأم بأمور : منها الحضانة ، وفيه نظر لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة فلا يجوز أن يكون مرجحا لما هو قبلها . ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه . ومنها يتيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبها حكما فقط والأول أرجح لاحالة . ومنها أن الولد مادام جنيئا فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها إلى أن يفصل حسا وشرعا ، أما حسا فإنه ينفس بنفسها وينقل بانتقالها حتى يفرض بالمقراض عند انفصاله منها ، وأما شرعا فلأنه يعتق بعقدها وفيه نظر لأن الكلام في إثباته فلا يستدل به عليه . وقوله (والمنافاة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض وتقريره : التعارض موجود لأن المنافاة متحققة ، فإنه لو اعتبر جانب الأم كان مملوكا لسيدها ، ولو اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف الولد من المولى فإنه للمولى : أى جانب اعتبر . وقوله (والزواج قدرضى به) جواب عما يقال إذا اعتبر جانب الأمة حتى يكون الولد مملوكا لمولاه يتضرر الأب والضرر مدفوع شرعا . وتقريره : الزوج قد رضى برق الولد حيث أقدم على تزويج الأمة عالما بأن الولد يرق به ، وفيه نظر لأن العلم بكون الولد زقيقا بتزويج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته . وقوله (بخلاف ولد المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لأن جانبها راجح) على ما ذكرنا (فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية

(قوله وفيه نظر لأن حق الحضانة (الن) أقول : قال المحقق الشريف يعقوب باشا : أوجب بأن حق الحضانة حق ثابت للأُم مواء كانت قبل الولادة أو بعدها يجوز أن يكون مرجحا لمطالب الأم والكلام في ترجيحه فتم كما لا يخفى اهـ . وفيه فيه (قوله جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض (الن) أقول : لابد لنا في التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر (قوله وفيه نظر لأن العلم بكون الولد زقيقا بتزويج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته) أقول : ولا يخفى عليك أنه يتم إلزامه بعلمه بعد شرعيته .

والتدبير وأمومية الولد والكتابة ، والله تعالى أعلم .

(باب العبد يعتق بعضه)

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسمى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا :

أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما ، فالرق هو الذل الذي ركه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته ، وهو حق الله تعالى أوجب العامة على ما اختلفوا فيه ، والملك هو تمكن الإنسان من التصرف فيه ما لم يحم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حق ، فأول ما يؤخذ الأسير بوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الإسلام ، فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالإنسان ، وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق ، وبالعق يزول كل منهما ، لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فينبع بهما أنه يتبع الأم في الخاص والعام ، ولذا إذا تولد بين المأكول وغيره المأكول كالحمير الإنسي مع الحمير الوحشي يؤكل ، وإذا تولد بين الوحش والإنسية كالبقرة يزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ، ولا اختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الكمية في شخص فيما كانا في القرن . ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيما كامل . والمكاتب عكسه ربة كامل حتى يجار عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى يخرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر . وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزئ فكيف يقبل التقصان يدفع بأن المراد بتقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته . والحاصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد ، وفي النسب يتبع الأب وفي الدين يتبع خير الأبوين ديناً ، والله سبحانه أعلم .

(باب العبد يعتق بعضه)

لاشك في كثرة وقوع عتق الكل ونذرة عتق البعض ، وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمس منها إلى ما ينذر وجوده ، وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله (قوله وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسمى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة) وتعتبر قيمته في الحال ، والاستسعاء أن

ولما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والتقصان ، فإن في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه ، فلهذا يكون قوله (والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك) والله تعالى أعلم .

(باب العبد يعتق بعضه)

أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم (وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسمى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة)

(باب العبد يعتق بعضه)

(قوله أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفا فيه الخ) أقول : أو لأن إعتاق الكل أفضل وأكثر ثواباً أولاه أكثر وثقوماً

(يعتق كله) وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله ، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله . لم أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكيمية ، وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكيم . كإطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإعتاق لإثبات العتق بإزالة الملك ، أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرق حق الشرع أَوْحَى العامة ، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لاحق غيره . والأصل أن التصرف

يؤاخره فيأخذ نصف قيمته من الأجرة . ذكره في جوامع الفقه ، وسيجيء أنه إذا امتنع عن السعاية فعل ذلك إذا

وقالا : يعتق كله . وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي) يعني إذا كان العتق واحداً أو موسراً إن كان العبد مشتركاً ، وأما إذا كان معسراً فلك السالك باقي كما كان حتى جاز له أن يبيع ويهب على ما يبيح ، وكل ما لا يتجزأ (فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله) قال صاحب الميزان : المعنى من قولنا الإعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لأنه محال بل معنى ذلك أن المحل في قول حكم الإعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف . وحاصل الخلاف راجع إلى أن إعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا ؟ عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقاً ولكن زال الملك بغيره . وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل (لم أن الإعتاق إثبات العتق الذي هو قوة حكيمية وإثباتها بإزالة ضدها الذي هو الرق) لأن المحل لا يخلو عن أحدهما ، فإزالة أحدهما توجب إثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالاتفاق ، فكذلك الإعتاق وإلا لزم تخلف المملوك عن العلة أو تجزئ العتق ، لأنه إذا تجزأ فلما أن يثبت بإعتاق البعض عتق كل الرقبة أولاً يثبت شيء أو يثبت بعضه ، وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المملوك عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزئ العتق (فصار) الإعتاق (كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء) في عدم التجزئ . فإن قلت : قد تقدم أن الإعتاق عند الشافعي إسقاط كالطلاق فكيف جعله هنا إثباتاً للعتق . قلت : يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لم إن الإعتاق الخ (ولأبي حنيفة أن الإعتاق لإثبات العتق بإزالة الملك) وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف (أو هو) أي الإعتاق (إزالة الملك) لا لإثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق ولا هو إزالة الرق ليلزم عدم التجزئ (لأن الملك حقه) أي حق العتق (والرق حق الشرع) لأن الكافر لما استأنف أن يكون عبداً الله جازاه الله فصيروه عبداً عبده (أَوْحَى العامة) لأن الغائبين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه (وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لاحق غيره) وهذا كما ترى بناءً لكلامه على أحد أمرين كل منهما مستقل بإفادة المطلوب ، وتقريره الإعتاق لإثبات العتق بإزالة الملك والملك متجزئ فالإعتاق كذلك ، ولما قلنا بأنه إثبات العتق بإزالة الملك لا بإزالة الرق لأن الإعتاق تصريف ، وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالإعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف ، وولاية المتصرف إنما تكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته إنما تكون على الملك ، وأما أن الملك متجزئ فذلك بالإجماع

(قوله حتى جاز له أن يبيع ويهب) أقول : يعني عبده (قوله أو يثبت بعضه) أقول : أي بعض العتق (قوله أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك وهو الوصف الخ) أقول : قوله وهو راجع إلى الملك قال المصنف : وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف الخ) أقول : أي التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يفعل الخ فحكم التصرف من إضافة الصفة إلى الموصوف (قوله لأن الإعتاق تصريف ، أي آخر قوله : فولايته إنما تكون على الملك) أقول : سيكون الإعتاق هنا مجازاً في الإزالة التي هي سببه كما ينبغي حيث لم يوجد إثبات العتق ولا هو يقتدر عليه .

يقتصر على موضع الإضافة والتعدى إلى ما وراءه ضرورة عدم التجزئ ، والمالك متجزئ كما في بيع والهبة فيبقى على الأصل ، وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد، والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله ، وبقاء الملك في بعضه يمنعه ، فعملنا بالدليلين بإزالة مكاتبه إذ هو مالك يد لا رقية ، والسعاية كبذل الكتابة ، فله أن يستسعيه . وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق ، غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ ، بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال

كان له عمل معروف ، وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا ، وإنما يصار إليه عند امتناعه فتكون الإجازة تنفذ عليه جبرا ، وظاهر أن هذا إذا عين مقلدا كربعك حر ونحوه ، فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ، ولو قال سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سلسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسنى في خمسة أسداسه ، وقوله عتق ذلك القدر تعبير بالعق عن زوال الملك لاعتق زوال الرق فإنه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف ، وقالوا : يعتق كله فإنه عن زوال الرق : أى وقالوا يزول الرق عنه كله . ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما اعتق : وعندهما لا يتجزأ وهو قول

لكنه تعلق به أمر غير متجزئ وهو العتق وتعلق به لا يستلزم تجزئته ولا تجزئته علته كجواز الصلاة فإنه أمر غير متجزئ تعلق بمتجز وهو الأركان ، وكذلك الطهارة أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الأعضاء المروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا عتقها وهى إرادة الصلاة . هذا تقرير أحد الأمرين . وتقرير الآخر الإعتاق بإزالة الملك والمالك متجز ، فالإعتاق لإزالة متجز وإزالة المتجزى متجز . وبيان ذلك ما ذكرناه وهذا أصمل مأخذا ، ثم إذا تجزئ الإعتاق بزوال بعض الملك احتسب مالية العبد عنده فتجب عليه السعاية (والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده) أى عند أبي حنيفة (لأن الإضافة) أى إضافة الإعتاق إلى البعض توجب ثبوت المالكية (للعبد (في الكل) باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ (وبقاء الملك في بعضه يمنعه) عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق فإنه لا يتجزأ . فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل ، والعمل بالدليلين ممكن بإزالته مكاتباً فعملنا بهما وجعلناه مكاتباً لأن المكاتب مالك يدا ومملوك رقية كالمستسعى ، ويجوز أن يكون معناه إذ هو أى معتق البعض مالك يدا لأجل السعاية بمملوك رقية كالمكاتب ، ويجوز أن يكون معناه إضافة العتق إلى البعض توجب ثبوت مالكية في الكل كما هو قولهما ، وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول أبي حنيفة ، فقلنا إنه حر يدا بمملوك رقية كالمكاتب عملا بالدليلين ، وإذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبذل الكتابة (فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق) فإن قيل : لو كان بمنزلة المكاتب لمعاد رقيقا إذا عجز . أجاب بقوله (غير أنه إذا عجز لا يرد رقيقا لأنه إسقاط لا إلى أحد) والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لا أنها إنما تتحقق بين اثنين ، وإذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ (بخلاف الكتابة المقصودة) فإنها إسقاط من المولى إلى المكاتب إقذارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ ، وفي بعض

(قوله ولا عتقها) أقول : لم يعد الجار جريا على ملاب الكوفيين (قوله وتقرير الآخر الإعتاق الخ) أقول : فالإعتاق حينئذ على حقيقته (قوله باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ) أقول : فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده (قال المصنف : لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله) أقول : فيه بحث ، فإن اللازم كما قرره أننا بخلاف ذلك ولعل هذا يستحق عنه ، ويبحث في إثبات المطلوب لما كان بعضه

ويفسخ ، وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة ، فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم ، والاستيلاء متجزئ عنده ، حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه . وفي الفقة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه

الشافعي : يعني فيما إذا كان المولى واحداً أو كان لشريكين والمعتق موسر ، أما إذا كان لشريكين والمعتق معسر فبقي ملك الساكت كما كان حتى جازله بيعه عنده والمراد من تجزئ الإعتاق تجزئ المحل في قبول حكمه فثبت في البعض دون البعض . والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع ، فإنهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزئ وعدمه ، فإن القائل العتق أو الإعتاق يتجزأ لم يرد بالمعنى الذي يريد به قائل أنه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو إزالته إذ لا خلاف بينهم في عدم تجزئه بل زوال الملك أو إزالته ، ولا خلاف في تجزئه فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزئ العتق وعلمه أو الإعتاق ، بل الخلاف في التحقيق ليس إلا فيما يوجبه الإعتاق أولاً وبالذات ، فعنده زوال الملك وبقية زوال الرق فلم تجزئ موجه ، غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعاً كحكم الحدث لا يزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها متجزئ ، وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وإنكاح بنته ونفسه ، ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعاً فقطع بعدم تجزئه والمالك متجزئ قطعاً ، فلم ماعلنا من زوال الملك عن البعض ، وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي ، وحينئذ فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولاً زوال الملك أو الرق لأنه محل النزاع ، والوجه منتهى لأي حنيقة ، أما المعنى فلا تصرف الإنسان يقتصر على حقه وحقه الملك ، أما الرق فثبت الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالإعتاق زوال الملك أولاً ثم يزول الرق شرعاً اتفاقاً إذا زال إلى مالك ، وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى إعتاقاً وإلا لكان البيع والهبة إعتاقاً ، فإنه إنما يلزم لو كان البيع والهبة إزالة الملك لا إلى مالك ، لأن ذلك هو المسمى بالعتق لا إزالة الملك كيفما كان . وأما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاه حصصهم وعتق العبد عليه ، وإلا فقد عتق منه ماعتق » أفاد تصور عتق البعض فقط . وقول أيوب : لا ندرى أشيء قاله نافع أو هو شيء في الحديث لا يضر ، إذ الظاهر بل الواجب أنه منه ، إذ لا يجوز إدراج مثل هذه من غير نص قاطع في إفادة أنه

النسخ لأنه إسقاط لا إلى أجل : يعني بخلاف الكتابة المقصودة فإن الإسقاط فيها إلى أجل وهو وقت أداء البذل . وقوله (وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص . ووجه أنما لم تثبت العتق في الكل لإمكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة بصار إليها ، وليس في الطلاق والعفو ذلك (فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم ، وأما الاستيلاء فهو متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله . فإن قيل : لو كان الاستيلاء متجزئاً لا طرد في الفقة أيضاً . أجاب بأنه إنما لم يتجزأ في الفقة لأن المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان فكل الاستيلاء وصار كأنه استولد جارية نفسه لا أن الاستيلاء عنده غير متجزئ

ملوكاً وبمنه غير ملوكاً كالكتاب (قوله وهو وقت أداء البذل) أقول : فيه بحث ، والظاهر وهو وقت البذل (قوله حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله) أقول : ولو مات المذهب عتق من ثلث ماله .

ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يوجب في الحديث علة قاذحة ، وكذا ما رواه البخارى أيضا عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال ، وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه ، أى لا يفي على العتق ، أفاد عدم سرية العتق إلى الكل بمجرد عتق البعض وإلا لكان قد خلاص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر . وأما ما روى لهما من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق » وفى لفظ « فقد عتق كله » فلما يقتضى عتق كله إذا كان له مال يبلغ قيمته ، وليس مدعا بما ذلك بل إنه يعتق كله بمجرد إعتاق بعضه كان له مال أو لا ، فقد أفادت الأحاديث أن العتق بما يقتصر ولا يستلزم وجوده السرية وإن وردت في العبد المشترك . واستدل أيضا بدلالة الإجماع وهو أن المعتق إذا كان معسرا لا يضمن بالإجماع ، ولو كان إعتاق البعض إعتاقا لكل وإتلافا له لضمان مطلقا ، كما إذا ألقاه بالسيف أو بالشهادة به لإنسان ثم رجع بعد القضاء فإنه يضمن موسرا كان أو معسرا ، لكن قد يقال في هذا إن السعاية تقوم مقامه فلا يتعين ، وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله عليه الصلاة والسلام « فقد عتق منه ماعتق » زوال الملك ، وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن ، وهو مروى عن على وعمر ، بخلاف ما قيل إن قول عمر قولهما فقد أسند الطحاوى إلى عبد الرحمن بن يزيد قال : كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها ، وكان بينى وبين أبى وأخى الأسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا ، فذكر الأسود ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : أعتقوا أنتم ، فإذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيها رغبتم فيه أعتق وإلا ضمنكم . أثبت لعبد الرحمن الإعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد إعتاقهما وإنما قلنا ذلك لأن الرق لا يتجزأ زوالا عند أخذ فلزم المطلوب ، وهو أن النازل بالإعتاق بالذات زوال الملك ، وإذا ثبت ذلك لزم في إعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر : أى يزول ملكه عنه ويبقى كال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها ، وإذا ظهر أن ما زال بالإعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمة شرعا أن لا يبقى في الرق لزم أن يسمى العبد في باقى قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده ، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البذل ، وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله إلا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد إلى الاستخدام ، بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا إلى مالك صدقة عليه به وإنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعى وهو تضمينه قسرا ، بخلاف المكاتب فإن عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتمجيئه نفسه ، وعلى هذا ما إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئا من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئا ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكاتبية حين ولدت والمكاتبية أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها ، والاعتراض أنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لأن التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه ، وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكرناه من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء غير مفيد لأنه إن أريد إلحاق إزالة الرق بها في عدم التجزى

بالضمان. فكل الاستيلاء (وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق ، فإن كان موسرا فشريكه بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسمى العبد ، فإن ضمن رجع المعتق على العبد (والولاء للمعتق ، وإن أعتق أو استسمى فالولاء بينهما ، وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق. وإن شاء استسمى العبد والولاء بينهما في الوجهين . وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ،

فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ زوالا أو إلحاقا بإزالة الملك بها فيه فغير صحيح ، لأنهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزأ . وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل إلحاقا لزوال الملك لا إلى مالك في عدم التجزئ بأن ينزل ويدعي أن المتجزئ زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقا بالأموار المذكورة ، فإن في الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفي العفو زوال حق لا إلى مستحق آخر والاستيلاء زوال ملك كذلك : أعنى ملك بيعها وهبتها . والجواب أولا أنه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزئ في الأصول لعدم التصور ، إذ لا يمكن نصف المرأة منكوبة ونصفها مطلقة ، ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ، ولا إسقاط نصف حق القتل ، فإن القتل بثبوت حقه لا نصفه ، فمعه لا يثبت وهو معنى سقوط التقصاص ، وليس عدم التجزئ فيها لأن الزوال لا إلى مالك ، بل لأثر لكون الزوال إلى مالك أولا إليه ، بخلاف زوال ملك الرقبة ، وهذا معنى قول المصنف : وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة : أى ليس فيها إلا زوال كليهما أو بقاؤهما ، (فأثبتناه في الكل) أى فأثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحاً للمحرّم ، وهو الحرمة ، فإنه اجتمع فيها موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به . وأما الاستيلاء فمتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه ، حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله ، ولو مات المدبر عتق من ثلث ماله ، وإنما كل في القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه من حين الاستيلاء فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزئ ضرورة (قوله وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) أى زال ملكه عنه (فإن كان) المعتق (موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه) منجزا أو مضاعفا ، وينبغي إذا أضاعه أن لا تقبل منه إضاعته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ، ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغي أن يضاف إلى مدة تشا كل مدة الاستسعاء (وإن شاء ضمن المعتق) قيمته إذا لم يكن يذنه ، فإن كان يذنه الشريك فلا ضمان عليه له (وإن شاء استسمى العبد) فيها (فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق ، وإن أعتق أو استسمى فالولاء بينهما في الوجهين) أى في الإعتاق والسعاية (وهذا) كله (عند أبي حنيفة رحمه الله) هكذا ذكر في الأصل ، وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسمى وأن يكتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء ، ولو عجز استسمى ، ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاخره جبرا ، ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقيدين لا يجوز إلا أن يكون قدرا يتغابن الناس فيه ، لأن الشرح أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر ، وكذلك لو صالحه على عوض أكثر ، فإن كاتبه على عروض

قال (وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) وكلامه واضح . ونوقش مناقشة لفظية ، وهى أن أبا حنيفة لا يثبت عنده شيء من العتق فإوجه صحة قوله عتق ؟ وأجيب بأن المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد . وقوله (فالولاء بينهما) يشير إلى أن الاختلاف في صفة السبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال وإعتاق الآخر ببلونه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعا

قيمتها أكثر من قيمته جاز ، ولو كان الساكت صبيًا والمعتق موسرًا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه ، والتضمين أولى لأنه أنظر ، ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار . قيل هذا في موضع ليس فيه قاض ، فإن كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيا ليختار التضمين أو الاستسعاء ، وليس لولي اختيار المعتق لأنه تبرع بمال الصبي ، وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء ، أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكفاية ، وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكفاية وليس للعبد المأذون أن يكاتب ، ولكن قال : سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن إبطاله ، وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكفاية ابتداء . وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى ، وإن لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للدولة في هذه الحالة ، وتقدير القيمة يوم الإعتاق ، فلو كان فيه صحيحا ثم عي يجب نصف قيمته صحيحا ، وقلبه لو كان أعمى يوم المعتق فالجمل يبايض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان ، وكذا يعتبر اليسار والإعصار وقت العتق ، فلو كان موسرا وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان ، ولو كان معسرا فأيسر لضماني . ولو اختلفا في قيمته يوم اعتقه ، فإن كان العبد قائما نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره ، وكذلك إن أراد أن يستسعى العبد ، ولو تصادقا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لأنه ضامن وينكر الزيادة . ولو اختلفا في اليسار والإعصار فقال المعتق اعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر ، نظر إلى حاله يوم ظهر العتق إما لأنه كالمنشئ للعتق في الحال أو لأنه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال ، فإن كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى ، وإن كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى ، وهو كالمستأجر مع رب الطاحونة إذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال . ولو تصادقا على أن العتق كان سابقا عليه في مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في إنكار يساره لأنه ينكر المعنى الموجب للضمان ، وإذا كان موسرا يوم اعتقه فاختر الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك . وروى ابن سباعة عن محمد أنه إن قضى القاضي له بالضمان أو رضى به للمعتق فليس له أن يستسعى الغلام بعد ذلك وإلا فله . قيل ما ذكر في الأصل من الإطلاق محمول على ذلك التفصيل ، وقيل بل في المسئلة روايتان ، ولو مات الساكت قبل أن يختار شيئا فلورثته من الخيار ما كان له لأنهم قائمون مقامه بعد موته ، وليس هذا توريت الخيار بل المعنى الذي أوجب الخيار للورث ثابت للورثة ، فإن شاموا أعقبوا وإن شاموا استسعوا العبد وإن شاموا ضمنوا للمعتق ، فإن ضمنوه فالولاء كله للمعتق لأنه بأداء الضمان إليهم يملك نصيبهم كما كان يملك بالأداء إلى المورث ، وإن اختاروا الإعتاق أو الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الإناث لأن معتي البعض كالمكاتب ، والمكاتب لا يورث عيته وإنما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب

وقالا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعصار ، ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبقى على حرفين أحدهما تجزى الإعتراف وعنده على ما بيناه ، والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع . لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ، إن كان غنيا ضمن ، وإن كان فقيرا سعى في حصة الآخر ،

الساکت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك الذکور من أولاده دون الإناث إذ الولاء لا يورث ، وإن اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لأن كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس لهم ذلك إلا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء . قال في المبسوط : هذا هو الأصح لأنه صار كالمكاتب لا يملك بالآرث ، فكذلك هم لا يملكون نصيب الساکت بعد موته ، والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالإعتاق ابتداء ، ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه ، وليس للمورث أن يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة ، ولو لم يمت الساکت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساکت شيئا فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسرا . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمه قيمة نصيبه بعد موت العبد لأن نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يشر ضمانه ، فإذا هلك على ماكه فليس له أن يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك ، وهذا لأن حصة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لأن الميت لا يحتمل التملك ، وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالإعتاق لأن السبب وهو الإفساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب ، وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب ، وهذا لأن تضمينه من وقت العتق وكان محلا لتملك عند ذلك ، بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز الاستحسان وإن كان القياس جوازه كالتضمين لأن هذا تملك للحال وهو غير محل له . وفي جامع قاضيه خان : لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركه في قول أبي حنيفة رحمه الله ، بل يسقط لأن الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلوات تسقط بالموت ، وعندها يؤخذ به لأنه ضمان إتلاف ، وإنما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس (قوله وقالوا ليس له) أي الساکت (إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعصار ، ولا يرجع المعتق على العبد إذا ضمن والولاء للمعتق) قال المصنف (وهذه المسئلة تبقى على حرفين أحدهما تجزى الإعتراف) عنده (وعنده) عندهما فيسعى وهو حر مدينون وتقدم بيانه (والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع)

وقوله (لهما في الثاني) يعني أن يسار المعتق يمنع السعاية (قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه) إن كان غنيا ضمن ، وإن كان فقيرا سعى في حصة الآخر (والقياس فيه أحد الأمرين ، إما وجوب الضمان على المعتق

(قال المصنف : لهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام ، إل قوله : تنافى الشريكة) أقول : وأجاب صاحب الكافي بأن في الحديث بيان أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وإذا لا يثنى وجوب السعاية على العبد لو شئت التمييز وفائدة القصة في ثلث الضمان لو كان فقيرا له ، وأما من عليه ابن الهمام بأن هذه القصة كما تفيد ثلث الضمان لو كان فقيرا تفيد ثلث الاستسعاء لو كان موسرا يمين الجهة التي تفيد بها تلك الإفادة . وأجاب صاحب العناية أيضا بأن الذي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط ، والمطلق بالشرط يقتضي الرجوع عند الوجود ، ولا يقتضي العلم عند الندم ، فجاز أن تثبت السعاية عند وجود البطلان وإن كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة له . وفيه بحث

قسم والتسمة تنافى الشركة . وله أنه احتسبت مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمته كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبيغ غيره حتى انصبيغ به فعل صاحب الثوب قيمة صبيغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكلدا ههنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه ،

لهما فيه أن جميع النصوص التي ظاهرها تجزئ الإعناق بقوله « فقد عتق منه ما عتق » وحديث « فعليه خلاصه في ماله » وقوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله إن كان موسرا » في الصحيحين ، وكلذا ما انفرد به البخاري عن مسلم « من أعتق عبدا بين اثنين ، فإن كان موسرا قوم عليه ثم يعتق » والتي ظاهرها عدم تجزئه كحديث أبي المليح عن أبيه « أن رجلا أعتق شقعا له من غلام ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ليس لله شريك ، وأجاز عتقه » رواء أحمد وأبو داود وزاد رزين في ماله . وفي لفظ « هو حر كله ليس لك شريك » وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم « من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتق » كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ، ولذا اختار الطحاوي قولهما . ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند إعساره الاستسعاء والتسمة تنافى الشركة . واستدل لأنني حنيفة رحمه الله بقوله (إنه) أي الساكت (احتسبت) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمته) وإن وقع احتسابها عنده بغير اختياره (كما إذا هبت الريح فألقت ثوب إنسان في صبيغ غيره فانصبيغ به فإن لصاحب الصبيغ أن يضم ماله الثوب قيمة صبيغه موسرا كان أو معسرا لما قلنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ بفضل كسبه كالمعسر المديون ، وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لأنه إذا كان القياس تضمين

موسرا كان أو معسرا لأنه بإعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بأنه يتعلم عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الإفساد لا يختلف باليسار والإعسار ، ولما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لأنه منصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان ، وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك الغير كن سقى أرضه فنزت أرضه جاره أو أحرق الحصاد في أرضه فاحترق شيء من ملك جاره ، ولكنهما تركا القياس بالجديد المروي ، ورواه نافع عن ابن عمر ، ومثله روى مروة عن عائشة . ووجه الاستدلال أنه (قسم والتسمة تنافى الشركة) ووجه قول أبي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (لما قلنا) يريد به قوله وله أنه احتسبت مالية نصيبه . وقوله (إلا أن العبد فقير فيستسعيه) قيل عليه إذا سعى ، فالقياس أن يرجع على المعتق لأنه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون فإنه يرجع على الراهن بما سعى . وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكل ذلك تتمتع للعبد ، والعبد إنما سعى في بدل رقبته وماله وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد ، بخلاف المرهون فإن سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ، ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معبر الرهن . فإن قيل : ما ذكر من وجه أبي حنيفة فإنما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل . أجيب بأن النبي عليه الصلاة والسلام قسم على

(قوله ولكنهما تركا القياس الخ) أقول : ويمكن أن يقال تركا القياس للتعارض أيضا فليقابل : وفي الكافي : نعمل بالقياس في الحالين ليكون مجازيا (قوله أجيب بأن النبي صلى الله عليه وسلم بلغ) أقول : فيه بحث .

العبد كان تضمين غيره غيره . وهذا لأنه وإن حصل إفساد نصيبه بمقتضى الاختيارى لكنه تصرف فى ملك نفسه فصار كما إذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره . وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليق فإنها أوجبت السعاية إذا كان المعتق معسرا لا إذا كان موسرا . وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفي الاستسعاء عند نفي الإعسار فجاز أن يثبت عند علمه أيضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح . وأجاب : والتحقيق فى إيراد أن النصوص لم تقسم فأعطت حكم وجود الشرط وحكم علمه ، فقال عند اليسار التضمين ، وعند علمه وهو الإعسار الاستسعاء ، والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الإعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب . وقد أجيب أيضا بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط . وهو إنما يقتضى الوجود عند الوجود ، وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافي الشركة مطلقا ، بل ذلك إذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام « وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد » وليس بشيء إذ لا أثر لتعدد الشرط ووحدة فى اختلاف حكم القسمة . وفى الكافي : جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا . ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التى تفيد بها تلك الإفادة . فإن قيل : فمن أين وجه أفادت القسمة نفي الشركة ؟ فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم تقيضه كان ظاهرا فى أن المذكور مع كل من التقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره . وغاية ما يمكن أن يقال إن اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لأنه المحتاج إلى بيانه إذا كان على خلاف الدليل الظاهرى ، وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضى قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا أو معسرا فلا يجوز تضمين المعتق ، فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين فى صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لأن الدليل منصوب عليه وهذا لأن الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفي القصر وبقي جوازه . ولا يخفى أن فى هذا تقليل معارضة الدليلين لأنه فى قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه فى نفي أصل جوازه ، وهذا الاعتبار واجب ما أمكن . وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس ، إذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء إنما هو فى غير ما إذا كان المقصود التقرب إلى الله تعالى بنفس التصرف فى المخل ، أما إذا كان وله قدرة على إقامتها وجب كالشروع فى صوم التطوع خصوصا وعدم إتمامها يوجب إتماما للآخر وهو العبد ، بخلاف ما إذا لم يكن قادرا فإنه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة . وأما على قولها فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس فى صورة الإعسار بناء على أنه ضمان إتلاف وهو بعيد عن التوجيه ، إذ لا شك فى أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة ، والإتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لأنه ليس جنابة على الغير وإن فسدت مالية باقى العبد ، كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره . فالنص أن القياس ليس إلا الاستسعاء والنص مخصصه . وفى المسئلة قول الثورى والليث أن الساكت بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن ولا سعاية

وجه الشرط لأنه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق ، وهو لا ينافى الاستسعاء عند علمه لأن المعتق

ثم المتبر يسار التيسير ، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغنى ، لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ماقصده المعتق من القرية وإيصال بدل حق الساكت إليه ،

أصلا ، وسبب هذا القول لإعلام لفظ السعاية في حديث أبي هريرة . قال النسائي : أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائى وسعيد بن أبى عروبة ، وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبى عروبة : يعنى في ذكر السعاية ، قال : وبلغنى أن هماما روى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الأخير ، وإن لم يكن له مال استسمى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة . وقال عبد الرحمن بن مهدي : أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لأنه كتبها إملاء . وقال الدارقطني : سمعت أبا بكر النيسابورى يقول : ما أحسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة . ورواه ابن أبى عروبة وجريز بن حازم عن قتادة فجعلوا الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وأحسبهما وهما فيه بخلافه شعبة وهشام . قال الخطابي : اضطرب سعيد بن أبى عروبة في السعاية ، فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها ، فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث ، ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر في السنة عنه عليه الصلاة والسلام : من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاه حصصهم وعق عليه العبد ولا فقد عتق منه ما عتق ، قال صاحب تنقيح التحقيق : فيما قاله نظر ، فإن سعيد بن أبى عروبة من الأثبات في قتادة ، وليس هو بدون همام عنه . وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعهم إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جريز بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراساني . وقال الشيخ تقي الدين : وقد أخرجه الشيخان في صحيحهما ، وحسبك بذلك : يعنى يرفعهما الاستسعاء . وفي المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة : مثل أنه لا يعتق شيء أصلا ولو بإذن الشريك ، وأنه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته ، وأن له التضمين وإن كان معسرا ، وهو منقول عن زفر وبشر المريسي ، وأنه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين (قوله ثم المتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت) وهو ظاهر الرواية . وهو قول الشافعي ومالك وأحمد ، وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والحام وثياب البدن (لايسار الغنى) أى الغنى المحرم للصديقة كما اختاره بعض المشايخ . (لأن يسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق وجانب الساكت لأن مقصود المعتق القرية وتميمها بضمائه

بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم ، فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسرا ، وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه أبى حنيفة . وقوله (ثم المتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغنى وهو ملك النصاب) هذا هو ظاهر الرواية ، ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والحام وثياب البدن ، والحسن قد روى استثناءه ، وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق ، وكذا حال المعتق في يساره وإعساره ، فإن قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر إليه يوم ظهر العتق كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجرياته ، وقوله لايسار الغنى إشارة إلى نفي مذهب إليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغنى ، حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لايسار المجهود . وقوله (لأن به) أى بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق والساكت (بتحقيق ماقصده المعتق من القرية وإيصال بدل حق الساكت إليه) وهذا لأن قصد المعتق بالإعتاق القرية ، وتام ذلك بعقبي مابقى وذلك إنما يحصل بإيصال حق الساكت إليه ، وإذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من إنجام قصده

ثم الترخيع على قولهما ظاهر ، فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته لعدم التجزئ . وأما الترخيع على قوله فخير الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزأ عنده ، والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساده نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه ، والاستسعاء لما بينا ،

ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لأنه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع في تحقيق مقصودهما فوجب ، وهذا في الحقيقة تعليل للنص وإلا فصريح النص أوجب الضمان عند مجرد تملك قيمته الحصة لأنه المراد بقوله عليه الصلاة والسلام «وكان له مال يبلغ ثمن العبد» باتفاق المتكلمين عليه (قوله ثم الترخيع على قولهما) أى تخريج تفصيل المسئلة على قولهما (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار) فلم يكن الضمان منقولا إليه عما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره . وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزئ فكان إعتاق بعضه إعتاق كله ، ويسعى في حالة إفساده حرأ مديونا . وأما الترخيع على قول أبى حنيفة فإثباته خيار الإعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق منجز عنده فلا يعتق الباقي يعتق المعتق نصيبه (والتضمين) بالجر : أى وخيار التضمين للمعتق (لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه بالبيع والهبة ونحو ذلك) من الوصية والصدقة والإجارة والإعارة والإمهار والاستخدام ونحو ذلك (مما سوى الإعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاء والكتابة . وقوله (والاستسعاء) بالجر عطفا على التضمين : أى وإثبات خيار الاستسعاء (لما بينا) من أنه احتبس مالية نصيبه عنده ، وإنما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الإعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء ، فكذا لمن قام مقامه وصار كالفاسد إذا قتل المصوب في يده وضمن للمالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمان وللمالك التضمين ، فكذا

وإيصال بدل حق الساكت إليه فلا معنى للعدول إلى غيره . وقوله (ثم الترخيع على قولهما ظاهر) يعنى إذا علم أن هذه المسئلة : بنية على حرفين : أى أصليين . بقى الكلام في الترخيع وهو على قولهما ظاهر لأن الإعتاق إذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعا للعتق في التضمين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانضمت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للأصل الثاني ، فلو رجع لكان عليه السعاية (والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته) للأصل الأول (وأما الترخيع على قوله فخير الإعتاق) للشريك بناء على الحرف الأول لأن الإعتاق إذا كان متجزئا كان ملكه في الباقي قائما فجاز إعتاقه ، وأما التضمين فلأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة . وللقائل أن يقول : التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الأصلين ، أما على الأصل الثاني فظاهر ، وأما على الأصل الأول فلأن التجزئ إن لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له . والجواب أن الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبين لأمن حيث كل واحد منهما ، والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزئ لا محالة . على أنا نقول : إن التجزئ إن لم يوجب الضمان من حيث هو تجزئ يوجب من حيث أخرى وهو إفساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة . وقوله (والاستسعاء) معطوف على قوله والتضمين . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وله .

ويرجع المقت بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد عتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستعسى إن شاء ، والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان . وفي حال إعسار المقت إن شاء أعتق لبقائه ملكه ، وإن شاء استعسى لما بينا ، والولاء له في الوجهين لأن العتق من جهته ، ولا يرجع المستعسى على المقت بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكائه رقبته أو لا يقضى دينه على المقت إذ لا شيء عليه لعسرته ، بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضى دينه على الراهن فلهذا يرجع عليه . وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما . وقال في المعسر : يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين

للفا صيب ، ولأنه بذلك يصير كمعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه . وقوله (ضمنا) جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالملك وهو لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ، فأجاب بأن ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المقت لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه تملك قصدا ، ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا علمه ضمنا (والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمان) غايته أن بعضه يبدل وهو لا يمنع الولاء (و) أما (في حال إعسار المقت إن شاء أعتق لبقائه ملكه وإن شاء استعسى لما بينا) من احتباس ملكه (والولاء له) أي للساكت : أي مشتركا بينه وبين المقت (في الوجهين) أي في الإعتاق والاستسعاء (ولا يرجع المستعسى) على المقول : أي العبد (على المقت بشيء بإجماع بيننا) خلافا لابن أبي ليلى فإنه يرجع عنده على المقت إذا أسير ، وإنما لا يرجع بالاتفاق : أما على قوله فإنه يسعى لفكائه رقبته ، وأما على قوله فلا فإنه لم يكن ساعيا لفكائه رقبته فليس هو بسعائه يقضى دينه على المقت إذ لا شيء على المقت إذا كان معسرا (بخلاف) العبد (المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضى دينه على الراهن فلذا يرجع على المقت) إذا أسير ، ونظير الأول ما إذا أعتق أمته على أن تزوجه فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة ، وكذا لو أعطها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة ، وكذا لو باع نفس العبد منه بجمارية فاستحققت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية ، بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض فيها لا يحتمل النقض موقوف عنده (وقول الشافعي في الموسر كقولهما . وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب) وهذا قول للشافعي (وجهه) عنده (أنه لا وجه لتضمين

أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الأصل الثاني) ويرجع المقت بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك (أي أخذ القيمة) بالاستسعاء بناء على الأصل الثاني ، فكذلك ما قام مقامه كالدبر إذا قتل في يد الفاعب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القتال (ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستعسى إن شاء) وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستعسى كالمكاتب فكيف قيل ذلك . وتقريره أن ذلك ضمنى والضمانيات لا تجبر . وقوله (والولاء للمعتق في هذا الوجه) يعني إذا ضمن المقت وهو ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله احتبست مالية نصيبه . وقوله (ولا يرجع المستعسى على المقت) ظاهر ، وقد قبلتمنا جوابا لسؤال . قوله (وقول الشافعي في الموسر) بيان لموضع خلاف الشافعي ، فإنه ذكر في أول الباب مطلقا فاحتاج إلى أن يبينه ههنا . وقوله

(قوله وقد تساءل جوابا لسؤال) أقول : أراد ما تقدم في ذلك الورق وهو قوله قيل عليه ، إلى قوله : وأجيب بأن سريرة المقت تبع وجوب للضمان .

الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ، ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين ماعيناه . قلنا : إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يقتقر إلى الجنابة بل تبقى السعاية على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد . قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعنق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه

الشريك لإعساره ولا لاستسعاء العبد لأنه ليس بجان ولا راض به ، ولا لإعتاق الكل لأنه إضرار بالساكت فتعين ماعيناه . قلنا : نخار أن يستسمى (قوله غير جان الخ . قلنا لا يقتقر إلى الجنابة ، بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبيغ الثوب المطار ، وقد يتمسك له بما روى من الأزيادة في قوله فقد عتق منه ماعتق ورق مارق . ويدفع بأنها كما قال أهل الشأن ضعيفة مكلوبة ، ولو ثبت لزوم كون المراد بالرق فيها الملك مجازاً لا متنازع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد . والحق أنه لا يحتاج إليها بل بقوله وصتق منه ماعتق كفاية ، فإنه إذا لم يعتق إلا ذلك القدر ، إن لم يلزم بقاء الباقي رقيقاً يلزم بقاؤه مملوكاً والملك هو المطلق للتصرف . والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله وفعليه خلاصه في ماله إن كان له مال وإلا استسمى غير مشقوق عليه ، ويجب استسعاءه عند إعساره ، ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمنا . واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسمى إن اختار ذلك ، وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه . والأوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله « ليس لله شريك » فإنه يفيد تنجيز العنق كله كما قالوا أو عدم تفرزه وهو الأولى . وإذا لم يقرر ولا ضمان على المعسر لزوم الاستسعاء وإلا يطل حقه مجاناً جبراً بفعل غيره ولا نظير له في الشرع ، والاستسعاء بلا جنابة في الشرع ثابت كما في العبد المرهون إذا أعتقه سيده المعسر ، ولأن الشرع اضطره إلى فكأك رقبته حيث حكم ، وله ولاية الإيجاد والإعدام بنهباذ عتق ذلك القدر ، وأن لا يقر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه ، وللشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والإعصار ، واختاره المزني من أصحابه (قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعنق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة) (وعنق) وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار العبد بذلك (مكاتباً له) أي في حكم المكاتب (ويحرم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه)

(ولا راض به) أي بالإعتاق لأن الرضا إنما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالإعتاق ولا يكون العبد عالماً به فلا يكون راضياً . وقوله (فتعين ماعيناه) يعني عتق ماعتق ورق مارق (وقلنا إلى الاستسعاء سبيل لأن الاستسعاء لا يقتقر في وجوده إلى الجنابة) كما في إعتاق العبد المرهون إذا كان الزمان معسراً (بل ينبنى على احتباس المالية) وهو موجود كما تقدم غير مرة ، وإذا كان إلى الاستسعاء سبيل لا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والحاصلة من إعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وأمثاله في شخص واحد . قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح إلا مانعاً عليه . قوله (بالعنق) أي بالإعتاق . وقوله (في زعمه) أي في زعم كل واحد منهما . وقوله (فيصدق) يعني كل واحد منهما في حق نفسه .

ويستسعيه لأننا يتقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ، ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه في الحالين في أحد شيئين ، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده ، وقد تعلمن التضمين لإنكار الشريك .

ويستسعيه إن شاء أو يعقده (لأننا يتقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان) في دعواه عتق الشريك (أو صادقا لأنه مكاتبه) إن كان صادقا (أو مملوكه) إن كان كاذبا فلهذا يستسعيانه) أما في الصلح فظاهر ، وأما في الكذب فلممكن الإنسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه بأكسابه (ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه) أى حق كل منهما (في الحالين) حال يسار الآخر وإعساره (في أحد شيئين) السعاية أو التضمين إلا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الإعسار حقه في أحدهما عينا وهو السعاية ، وهذا (لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أى عند أى حنيفة (وقد تعدر التضمين لإنكار الشريك) الإعتاق ، وشهادة الآخر ليست

وقوله (لأنه مكاتبه) أى على تقدير الصلح . وقوله (أو مملوكه) يعنى على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش ، وإنما يتقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لأن المولى إذا كان كاذبا في قوله أعتق شريكى نصيبه يكون الكسب للمولى ، والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى ، وإذا كان صادقا في قوله أعتق الشريك يكون مقرا بأن العبد صار مكاتباً باعتبار تجزئ الإعتاق عند أى حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة وذلك أيضا جائز . وقوله (لأن حقه في الحالين) أى لأن حق المولى في حال اليسار والإعسار (في أحد شيئين) أى التضمين أو الاستسعاء . وقوله (وقد تعدر التضمين لإنكار الشريك) اعترض عليه بأنه لم يتعلم التضمين على تقدير التحليف فإنه لما أنكر يحلف ، فإذا نكل وجب الضمان . وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أحقته صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لأن

(قوله وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما الخ) أقول : ذلك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده . لا يقال : وضع المسألة فيه ، ألا ترى إلى قوله فيه فإن الشهادة هي الإخبار الذى يكون عن مواعاة للب ، لأنه لو سلم أن معناه ما ذكرته فالقاضي يحكم بالظاهر والله يقول الأمر . قال ابن الهمام بعد تقرير جواب الفارح : وهذا صريح في أن التحليف في المسألة ويحتل لاسمى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا ، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما . وقال فارح : هذا كله أى تبين استسعايتهما البعد عنه بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلا يدعى على الآخر الضمان والضمان ما يصح بطله فيستلزم عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما البعد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بألك أعتقت نصيبك وهو ينكر ، فإنه هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء ، أما لو أراد أحدهما التضمين أو إراداه ونصيبهما متفاوتا فترافعا أوردتهما فوجبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضى لو سلمها فأجابها بالإنكار فطلعا لا يسترى لأن كلا يقول إن صاحبه حلف كاذبا ، واعتقاده أن البعد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاء ، ولو اعترف أحدهما اعتقا معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين ، ولا يستسعي البعد لأنه حق كله من جهتهما ، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة ، فإنه إن نكل صار مترفا أو يذلا فصارا مترفين فلا يجب على البعد سعاية كما قلنا . ففى قوله وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسألة ويحتل لاسمى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا ، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما الخ بحث لأن الصلح ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل الواقع والإقدام على الميعين بناء على الاعتقاد تأمل (قوله أنه أحقته صاحبه يحلف الخ) أقول : من أين علم أنه يحلف فإنه يجوز أن ينكل والتكول بذل عند أى حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه . والجواب أنه يحلف على الحاصل بأنه ليس له على حق التضمين فليأتمل .

فتعين الآخر وهو السعاية ، والولاء لهما لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولأؤده له ، وعتق نصيبى بالسعاية وولأؤه لى (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعائته بدعوى العتاق على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه (وإن كانا معسرين سعى لهما) لأن كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه على المعتق معسر (وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لأنه لا يدعى الضمان على صاحبه لإعساره ، وإنما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسمى للمعسر منهما) لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على

نافذة عليه لأنه فرد ويشهد لنفسه ، ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر أنه أعتق لم تقبل للمعنى الثاني فإنهما يثبتان لأنفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما ، وإنما أثبتنا ما أثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بجرمة استرقاقه ضمنا للشهادة (فتعين السعاية) وهو عبد عند أى حنيفة حتى يودى لأن المستسعى كالمكاتب . وأورد أن التضمين غير متعذر لأنه لما أنكر يحلف ، فإن نكل جاز التضمين . وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذى أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لأن المال إلى السعاية ، وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لإقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا ، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما . وقال شارح : هذا كله أى تعين استسعاتهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلا يدعى على الآخر الضمان والضمان مما يصح بدله فيستحلف عليه وهو أوجه ، فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء ، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصبيهما متفاوتا فترافعا أو رفعهما فوحسية فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضى لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترقي لأن كلا يقول إن صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يجرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ، ولو اعترفا أنهما عتقا معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمّن كل الآخر إن كانا موسرين ، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة ، فإنه إن نكل صار معترفا أو بإذلا فصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) لو احدهما منهما (لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعائته) وإنما يدعى الضمان على صاحبه (لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت عليه لإنكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه) بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره (وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا) لفرض أن المعتق معسر . وقوله (على ما بيناه) أى من أن العبد مجلوك أنه مكاتبه إلا أن عندهما لا يكون مكاتب بل محر مديون (وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لأنه لا يدعى الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعى السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ، ولا يسمى للمعسر لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله على

مآله إليه . وقوله (على ما بيناه) يريد به قوله لأننا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا ، كذا في النهاية .

صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما (ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر" ، وقال الآخر إن دخل فهو حر" ففضى الغد ولا يلزى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ورحمهما الله . وقال محمد : يسعى في جميع قيمته) لأن المقتضى عليه بسقوط السعاية مجهول ، ولا يمكن القضاء على المجهول

أى يشته (لصاحبه) حيث ادعى أنه هو الذى أعتق والعتق لا يتجزأ : أى لا يثبت به إلا ما لا يتجزأ أصلا من زوال الرق (وهو) أى صاحبه يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما) فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذ بيت المال (قوله ولو قال أحد الشريكين في عبد (إن لم يدخل فلان) يعنى العبد (الدار غدا فهو حر" وقال الآخر إن دخلها غدا فهو حر" ففضى الغد ولا يلزى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر) بينهما (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) على تفصيل يقتضيه مذهب أبي يوسف وهو أنه إنما يسعى في النصف لهما إذا كانا معسرين ، فلو كان أحدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ، ولو كانا موسرين لا يسعى لأحد ، وإليه أشار المصنف بعد هذا بقوله ويتأى التفرع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق ، فإنما جمع بينه وبين قول أبي حنيفة في أنه لا يجب إلا النصف (وقال محمد : يسعى في جميع قيمته) لهما إن كانا معسرين ، وبمنصفه للموسر إن كان أحدهما معسرا ، ولا يسعى في شيء إن كانا موسرين ، وهذه على وزن المسألة السابقة أعنى إقرار كل منهما أنه هو الذى أعتق ، وهناك إذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى إلا للموسر ، فكلنا هذا ، وهذا لأن الذى يأخذ السعاية أبدا يكون هو الساكت والآخر معتق ، فإذا كان أحدهما موسرا فإنه يتبرأ من تضمين المعسر يأخذ السعاية وعلى إزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لاسعاية له على العبد وإنما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول إلى شيء مطلقا كما لو كانا موسرين فإن كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية (قوله لأن المقتضى عليه بسقوط السعاية مجهول) وهو الذى تحقق شرطه الذى علق عليه عتق العبد (ولا يمكن القضاء على المجهول) ولا التوزيع لأنه يؤدي إلى إسقاط بنص حق من له الحق وهو الذى لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته وإعطائه لغير مستحقه وهو الذى وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المجهم

وقيل هو إشارة إلى قوله لأنه مكاتبه أو مملوكه (ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر" وقال الآخر إن دخل فهو حر ففضى الغد ولا يلزى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) لكن عند أبي حنيفة لافرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد ، فحالهما في استحقاق النصف الباقي على السواء . وعند أبي يوسف : إن كانا معسرين فكلنك ، وإن كانا موسرين لم يسع الواحد منهما في شيء لأن كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعى الضمان على شريكه لأن يسار المعتق يمنع السعاية ، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لأن المعسر يدعى الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه ، والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له في حصته (وقال محمد رحمه الله : يسعى في جميع قيمته) بينهما نصفين إن كانا معسرين وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء ، وإن كان أحدهما موسرا

فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى بشيء للجهالة ، وكذا هذا . ولهما أنا يتقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانت بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل ، والجهالة ترتفع بالشروع والتوزيع . كما إذا أعنت أحد عبديه لابعينه أو بعبته ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان ، ويتأتى التزريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق (ولو حلقا على عبدين كل واحد

لأنه غير واقع في المعين فلم ينافه التوزيع) فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فإنه لا يقضى بشيء للجهالة فكذا لا يقضى بسقوط شيء ، ولذلك ، وإذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل (قوله ولهما أنا يتقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانت بيقين ، ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به ، والجهالة المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشروع) أى شيوخ النصف الذى عتق في نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليها فصار المقضى عليه بالسقوط المولين فلا جهالة في المقضى عليه ، وإنما تلزم لو قضى على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التمين في نفس الأمر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب البحرى : عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ولا المتهمة ثم اجتمع في ملك واحد ثم مات فإنه يحكم بعقوبتهم وتسمى كل واحدة في تسعة أعشار قيمتها ، وصار (كما إذا أعنت أحد عبديه لابعينه أو بعبته ونسيه ومات قبل التذكر) في الثاني (أو البيان) في الأول فإن العتق يوزع عندنا لعدم الأولوية فيعتق من كل نصفه ويسمى في قيمة نصفه للورثة ، وقيد موته معتبر لأنه إذا لم يمت إنما يطلب بالبيان خلافا للشافعى في أنه يقرع بينهما في قول ، وفي قول الوارث يقام مقامه فإنه إثبات الورثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني وإسقاط جميع حق المستحق في الأول وإسقاط بعضه للضرورة أولا . وقيل إن الجهالة في المقضى عليه لا تمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوما بدليل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل النكاح ومات بلا بيان سقط نصف مهر للتيقن به وإن كان المقضى عليها منهن مجهولة ، لكن لما كان المقضى له معلوما جاز القضاء ، وكذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد . وهذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفق على ثبوت الملك لكل إلى آخر النهار (قوله ولو حلقا على عبدين الخ) يريد أن يفرق بين السابقة ، وهى ما إذا حلف كل من رجلين على عبد واحد ، وهذه وهى ما إذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما : إن دخل فلان غدا فعبدى حر وقال

والآخر معسرا سعى في نصف قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدهبها ، فإن يسار المعتق عنده أيضا يمنع وجوب السعاية . وجه قول محمد فيما إذا كانا معسرين وأن المقضى عليه بسقوط حقه في السعاية وهو الخائب منهما مجهول ، والمجهول لا يجوز القضاء عليه (فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى عليه بشيء للجهالة كذا هذا . ولهما أنا يتقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانت بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل ، والجهالة ترتفع بالشروع والتوزيع) جواب عن قوله المقضى عليه مجهول . فإن قيل : في التوزيع فساد وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق وإيجابه للمعتق . أجيب بأن ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد ، وذلك لأننا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه إبطال حق العبد من كل وجه ، وأما إذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه إبطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى . وقوله (ويتأتى التزريع فيه) قد أمضيناه في أثناء الكلام . وقوله (ولو حلقا على عبدين) ظاهر ،

منهما لأحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لأن المقضى عليه بالعتق مجهول . وكذلك المقضى له فتباحثت الجهالة فامتنع القضاء ، وفي العبد الواحد المقضى له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول (وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب) لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعطاء على مامر (ولا ضمان عليه) علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم (وكلنا إذا ورثاه ، والشريك بالخيار إن شاء أعنتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد) وهنا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا ، وإن كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكا ، بهية أو صدقة أو وصية ، وعلى هذا إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه .

الآخر إن لم يدخل فلان فعبدى حر ففنى الغد ولم يدر الدخول وعنده (لم يعتق واحد منهما) ولا شيء منهما في قول الكل (لأن المقضى عليه) يعتق عبده وهو أحد المولدين (مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتباحثت الجهالة فامتنع القضاء) ولو اشترى رجلان إنسان صح وإن كان عالما بمنح أحد المالكين لأن كلامها يزعم أنه يبيع عبده ، وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر ، كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح ، وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لأن زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لأن المقضى عليه معلول . ولو قال عبده حر إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت ، لأن باليمين الأول هو مقر بوجود شرط الثانية ، وبالثانية صار مقر بوجود شرط الأولى . وقيل لم يعتق ولم تطلق لأن أحدهما معلق بعلم الدخول والآخر بوجوده ، وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه . قلنا : ذاك في مثل قوله إن لم يدخل فعبدى حر ، بخلاف إن لم يكن دخل فإنه يستعمله الممارى في الدخول وعنده في الماضي لتحقيق الدخول فيه ، وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل في الماضي ، وكلنا إن كان دخل بخلاف إن دخل . وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لأنه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب إقراره بنزول الطلاق (قوله وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما) بعقد واحد بأن خاطب البائع الأب والآخر معا بأن قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا (عتق نصيب الأب لأنه ملك شقصا من ابنه) فاعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيئا ، ولو كان موسرا سواء علم الشريك أنه ابن الآخر أو لم يعلم ، ولكن يسمى العبد في نصف قيمته لشريك أبيه إن شاء وإن شاء أمته (وهذا عند أبي حنيفة) وأجمعوا أنهما لو ورثاه لا يضمن الأب ، وكلنا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث : أعنى قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له من الغنم يفيد كون العتق اختياريا » (وقال : في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا ، وإن كان معسرا سعى الابن فيه ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكا بهية) معا (أو صدقة أو وصية وعلى هذا) الخلاف أيضا (إذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعتقه إن اشترى نصفه) أما لو حلف بعتقه إن اشتراه لا يعتق لأنه لم يوجد الشرط وهو

وكذلك قوله وإذا اشترى الرجلان إلا ماندا كره . قوله (ولا ضمان عليه) أي على الأب . وقوله (وكلنا لو ورثاه) يعني بالاتفاق . وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فأتت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه ، أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فأتت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وأبيها . وقوله (وقالا في الشراء) إشارة إلى ما ذكرناه من الاتفاق في صورة الإرث . وقوله فلحلف بعتقه إن اشترى نصفه) إنما قيد

لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق ، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه ، وله أنه رضى بإفساد نصيبه فلا يضمه ، كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ، ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا ،

شراء كله (لهما أنه أي الأب) أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق (الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق (وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه. وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أن لا يكون برضا من له حق التضمين ، ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق ، والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضيا بإفساد نصيب نفسه فلا يضمه ، فصار كما إذا أذن له بإعتاقه صريحا. وعلم بما ذكر أن المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة ، والدليل على أن إعتاقه يثبت اختياريًا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه عنها ، وهذا بخلاف مالو قال أحد الشريكين للآخر إن ضربته فهو حر فضربه عتق نصيبه ، فإن له أن يضمه ، ولم يعتبر رضاه بمباشرة شرط العتق رضا بالعتق لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك وحر الواقع جزاء للشرط ، بخلاف قبول الإيجاب في البيع لأنه مباشرة العلة لأن العلة هو العقد ، وكل من باشره فهو مباشر علة العتق . ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار ووجود دالة الرضا. قلنا: لاشك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله ، ومنعه منه ضرر لا يلزمه بل إزالته إياه ، فحلفه عليه أن لا يضربه ظلم منه ، فلا يصح أن يقال إن لم يلزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضى أنه لو قال إن ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه ، وإطلاق الجواب بخلافه . وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لأنه ضرر والعاقل لا يرضى به ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لزواله فدفوع بالضرورة ، لأن من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بأنه رضا منه بما يترتب عليه ، وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات ما يترتب عليه ، وللعاقل في ذلك أغراض صحيحة دينوية من استفادة المدح والولاء ، وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخرى من الأجر . لا يقال : رضا الأب بالشراء رضا بالإعتاق والرضا بالإعتاق رضا بالضيان . وأبو حنيفة رحمه الله يثبت إذا كان العتق موسرا واختار الساکت التضمين فكيف ينفي ؟ لانا نقول : كونه رضا بالضيان لا يوجب إمكان تضمين الآخر له ، إلا إذا لم

بالنصف ، لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لأن الشرط شراء كل العبد ولم يوجد . ووجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر . ووجه قوله ما ذكره فيه . وتقديره الشريك الآخر رضى بإفساد نصيبه ومن رضى بذلك لا يضمن المقسد (كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك) أي الدليل على رضاه بإفساد نصيبه (أنه شاركه فيما هو علة العتق ، وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا) والمشاركة في علة العتق رضا بالعتق لا بحالة ، والمراد بالعلة علة العلة لأن الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق ، والحكم يضاف إلى علة العلة إذا لم تصلح العلة للإضافة إليها ، وهنا كذلك لأن التملك حكم شرعي

(قوله لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر) أقول : الظاهر أن يقال لأنه إذا حلف بعتقه بعد أن اشتراه بطل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر الخ ، ولم توجد هذه المباراة في النسخ التي رأيناها غير هذه النسخة ولا بد منها أو ما يفيد معناها .

وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعصار فيسقط بالرضا ، ولا يختلف الجواب بين العلم وعلمه ، وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب ، كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولا يعلم الأمر بملكه

يكن رضا باعتاقه كما ذكرنا . وأما إيراد على قولهما هكذا الإعتاق لا يتجزأ على قولهما فإعتاق البعض إعتاق الكل ، ولا يمكن إعتاق الكل إلا بملك نصيب الآخر ، ولا يملك إلا بالضمان . والجواب أنه تملك ضمنى فلا توجه له هنا (قوله وهذا ضمان إفساد) جواب عما يقال كونه رضى بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة بإذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد ، وبسطه أن الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاء ، فلو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانها له ، ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والإعصار ، وإنما جعلنا ضمان الاستيلاء ضمان تملك لأن وضع الاستيلاء لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه . وضمان إتلاف وهو ضمان الإعتاق ، ويقال ضمان جنائية وليس بصواب لأنه لإجتنابه في عتق الإنسان ما يملكه لله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك ، فصح أن يقال ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم في هذا الإفساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا إثم به أما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه ، ثم كون ضمان الإعتاق ضمان إتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والإعصار بالنص ، بخلاف القياس . ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالأبنية وعلمها . وروى عن أبي يوسف أنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعصار . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالأبنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فنفسه ، لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالما . وفي ظاهر الرواية لافرق بينهما لأن المسقط لحقه في التضمن مباشرته لسبب إسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله ، كما إذا أطعم الغاصب المغمصوب للمغمصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب . والنظير المذكور في الكتاب ما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولا يعلم الأمر به حاله فإنه ليس له أن يضمن الأكل إذا علم مستقيم أيضا ، وإنما قلنا على خلاف القياس لأن القياس أن لا يختلف ضمان الإتلاف باليسار والإعصار ، ألا يرى أن من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا . فإن قلت : قد أسلفت أن القياس ليس إلا الاستسعاء لأن العبد هو محتبس حتى الساكت والمذكور هنا أن القياس هو

يثبت بعد مباشرة عتقه بغير اختيار ، بخلاف الإرث فإنه لإعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة . وقوله (وهذا ضمان إفساد) يجوز أن يكون جوابا عما يقال إنما كان الرضا مسقطا للضمان أن لو كان ضمان إفساد ، وأما إذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما إذا استولد أحد الشريكين الجارية بإذن فإنه لا يسقط به الضمان لأنه ضمان تملك إذ الاستيلاء موضوع لطلب الولد لا للعتق ، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك . ووجه الجواب أنه ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعصار فيسقط بالرضا ، وإنما قيد بقوله في ظاهر قولهما لأنه روى عن أبي يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعصار فلا يسقط به الضمان . وقوله (ولا يختلف الجواب بين العلم) أى بالقرابة (وعلمه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن الحكم يدار على السبب) أى العلة (كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولا يعلم الأمر بملكه) والسبب قد وجد بما مر . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما إذا كان عالما بالقرابة وبين ما إذا لم يكن عالما

(وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب) لأنه ماضى بإفساد نصيبه (وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماله عند ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده . وقالوا : لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يضمن إذا كان موسرا) ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لباثمه شيئا عنده ، والوجه قد ذكرناه (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعقته الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدير ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق

التضمن للإتلاف . قلنا : قد حكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين . ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه ، وكل منهما غير صحيح في نفس الأمر لفرض ورود النص على خلاف إطلاق مقتضاها من الاستسعاء وإنما التضمن دائما ، وكل قياس مخالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجهد القياس الصحيح الموافق للنص أو غنى عليه . والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع أو صلاته قادرا على إتمامه حيث يجب عليه إتمامه ، فإن لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع إليه (قوله وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب قيمة نصيبه لأنه ماضى بإفساد نصيبه) لأن دلالة ذلك ما كان إلا بقوله البيع معه وهو متف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه (وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماله عند ، وهذا عند أبي حنيفة) وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده (وقالوا : لا خيار له) أي للأجنبي ، بل يتعين التضمن على مامر من أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة) للبايع (وقالوا : إن كان موسرا يضمن ، ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه) وهو أنه لما باعه منه فقد رضى بعق نصيبه ولرضاه بعق نصيبه يمنع التضمن وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه وإلا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعق عليه رضا بعق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع (قوله وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعقته الآخر وهو موسر) فأراد كل من الساكت وهو الذي لم يعق ولم يدبر والمدير الضمان وهما المراد بقوله (فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدير) ثلث قيمة العبد قنا ، وليس له أن يضمن المعتق شيئا ، وإذا ضمن المدير الثلث رجع به على العبد إن شاء على وزان ما تقدم فيما إذا اعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته

بها في حكم الضمان لأن الرضا لا يتحقق إلا إذا كان عالما بها . وقوله (وإن بدأ الأجنبي) ظاهر مما تقدم ، وكذلك قوله (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر) وإنما قيد بقوله ممن يملك كله لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن للساكت بالإجماع . وقوله (والوجه قد ذكرناه) إشارة إلى قوله لهما أنه أبطل وله أنه رضى . قال (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعقته الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان) أي أراد ، لأن مرید الضمان إنما هو الساكت والمدير دون المعتق ، فكان المراد بالجمع التثنية ، أو أطلق الجمع بطريق التغليب (فللساكت أن يضمن المدير ولا يضمن المعتق

وللمدير أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن . وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا العبد كله للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لما كالإعتاق لأنه شعبة من شعبة فيكون معتبرا به ، ولما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيبه ، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلعل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكتب أو يضمن المدير أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسد بإفساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على مامر ، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمانا لتدبير المدير وإعتاق هذا المعتق ، غير أن له أن يضمن المدير ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل

فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة (وللمدير أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن) أعنى ثلثه قنا (وهذا) كله (عند أبي حنيفة وقالوا العبد كله للذي دبره أولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا) الخلاف (أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافا لما كالإعتاق لأنه شعبة من شعب العتق) إذ هو عتق مضاف (فيكون معتبرا به . ولما كان التدبير) متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين (حيث امتنع على كل منهما البيع ، وما في معناه من الهبة والوصية والصدقة والأهوار فثبت لكل منهما خمس خيارات .) أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكتب أو يضمن المدير أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسد بإفساد شريكه حيث سد عليه ماذكرنا ، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت (هو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر) سببا ضمانا (أحدهما) تدبير المدير الذي أفسد عليه ما أفسد (و) الآخر (عتق هذا المعتق) فإنه تغير نصيب المدير والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك يعتق المعتق بحيث استحق به العبد خروجه إلى الحرية بالسعاية أو التضمين (غير أن) الساكت له (تضمين المدير) ليس غير (ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل) في الضمان لأن به يتبدل جانبا الضامن والمضمون له ، فإنه لما ملك المضمون له بدل ملكه

وللمدير أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبد إن كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فإن الساكت يضمن المدير تسعة والمدير يضمن المعتق ستة ، وذلك لأن قيمة المدير ثلثا قيمة القن لما نذكر ، فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الإلتلاف بالإعتاق واقعا على قيمة المدير وهي ثلثا قيمة القن وهي ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة ، فيضمن المدير المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه لهاها (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : العبد للمدير ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا) قوله (وأصل هذا) ظاهر . وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الخ ، وقوله (غير أن له أن يضمن المدير) بيان حصر الضمان على المدير بعد ما كان الإعتاق أيضا سبب ضمان ، وتقرير ذلك أن ضمان المدير ضمان معاوضة (قال المصنف : غير أن له أن يضمن المدير ليكون الضمان ضمان معاوضة) أقول : يعني ثبت ضمان المعاوضة في ضمان الإنسان . لا يقال : إذا كان ضمان معاوضة ينفي أن لا يضاف باليسار والإعصار كما في بائع الماعزات لأنه ضمان إفساد يضمن ضمان المعاوضة ولا يعتبر بالصناعات فلهما .

حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا ، وأمکن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك ووث التدبير ، ولا يمكن ذلك في الإعتاق لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين ، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال

وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله ، فحيث أمكن هذا لا يعدل عنه (ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) خلافا للشافعي حيث جعله ضمان إتلاف ، فإذا جعل الضمان فيما هو عنوان ضمان معاوضة في العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى ، وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية . والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جناية ما في قاضيهان : لو غصب عبدا فأبقي وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد للغاصب أن يبيع العبد مراعاة على القيمة التي أداها ، والمراعاة مخصصة بالمعاوضات المحضة ، وكذا لو غصب مديرا فاكسب عنده أكسابا ثم أبى ولم يرجع حتى مات كانت الأكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند أداء الضمان ، وما يدل على ذلك صحة إقرار المساقون بالغصب في الحال مع أن إقراره بالإتلافات مؤخر إلى ما بعد العتق ، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لأنه ممكن (لكونه) أي نصيب الساكن (قابلا للنقل من ملك إلى ملك) في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة (لأنه) أي العبد (عند ذلك مدير) وفي بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الأصلين ، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف : هو غير مستقيم لأنه عند

وضمان العتق ضمان جناية وإتلاف ، والأصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل إلى غيره إلا عند العجز ، أما أن ضمان المدير ضمان معاوضة فلا لأنه يضمن ما أتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانهقد سبب الضمان موجبا لملك المضمون ، بخلاف ضمان الإعتاق فإنه يضمن ما أتلفه ، وما أتلفه كان بعد تدبير المدير وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية ، وأما أن الأصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح (ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) وما يدل على أن ضمان المدير ضمان معاوضة أن من غصب مديرا فاكسب عند الغاصب كسبا ثم أبى فلم يرجع من إيقاعه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب . قال في النهاية ، والمسئلة في آخر باب النهي من أصول الفقه لشمس الأئمة السرخسي وإنما يكون الكسب له إذا كان المدير ملكا للغاصب عند أداء الضمان ، فلما اعتبر ضمان المدير وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلا أن يعتبر ضمان المدير وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى : وقوله (لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين) قال الإمام جلال الدين ابن المصنف : هذا غير مستقيم

(قال المصنف : لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير) أقول : أي قبل ثبوت حكم التدبير ، فإن ملكه بضمين الساكن يستند إلى ذلك الوقت (قوله فلما اعتبر ضمان المدير وهو غير قابل ، إلى قوله : كان أولى) أقول : هذا يخالف لما بيء في كتاب الغصب فراجع مع أنه يهدم ما يهدوه في بيان نفي ثبوت حق تضمين الساكن المقتضى من أسسه لأن بنائه على عدم إمكان ضمان المعاوضة في المدير فتدبره . وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يتجسس البطل والمبدل فيك شخص واحد على ما سيبيء في كتاب الغصب ، وماليت بالضرورة لا يملو موضعها فليتمل (قال المصنف : لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين الخ) أقول : قال الأستاذ نوراً جلال الدين ابن المصنف : قوله لأنه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الأصلين غير صحيح ، وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بحر ولا مكاتب ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق ، والمسئلة عند أبي حنيفة وإن كان ينزله المكاتب إلا أنه لا تنفسخ هذه الكتابة . بالرضا ولا بالضمان ، وإنما

فلهذا يضمن المدير ، ثم للمدير أن يضمن المقتن ثلث قيمته مدبراً لأنه أفسد عليه نصيبه مدبراً ، والضمان يتغير بقيمة المتلف ، وقيمة المدير ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ،

الإعتاق ليس حراً ولا مكاتباً ، بل بعد العتق يصير كذلك ، والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ ، وإذا كان كذلك فإذا وجب الضمان على المقتن للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة إذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان إفساد (فلهذا يضمن) الساكت (المدير) ليس غير (ثم للمدير أن يضمن المقتن ثلث قيمته مدبراً لأنه إنما أفسد عليه نصيبه مدبراً) فإن المدير كان متسكناً قبل عتقه من استخدامه وإجارته وإعارته إلى موته فامتنع بحقه كل ذلك وهذا معنى الإفساد عليه وإنما أفسده مدبراً والمدير مال متقوم حتى لو كان مدبراً لشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبراً وإن لم يملكه بالضمان (قوله وقيمة المدير ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين ديناراً ضمن له ستة دنانير لأن ثلثها وهي قيمة المدير ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة (قوله على ما قالوا) طريقته في مثله الإشعار بالخلاف ، فقبل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لأن القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة ، وقيل نصف قيمته قنا لأنه ينتفع بالملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الأول ، وقيل تقوم خدمته مدة عمره جزراً فيه فما بلغت فهي قيمته ، وقيل ثلث قيمته قنا لأن الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل ، وإنما زال الأخير فقط وإليه مال الصلر الشهيد وعليه الفتوى ، إلا أن الوجه ينحصر المدبرة دون المدير ، وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فالت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته ، وهذا حسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لأن البيع والاستسعاء قد انقضا وبقي ملك الاستمتاع ، وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم ، والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها ، وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا

وكذا قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولا حر ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق ، والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ ، وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند ذلك مدبر . وأقول : الساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب ، كما أن من فيه حق البيان كذلك على ماسيجىء في هذا الكتاب في مسئلة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الإيجاب الأول في كل واحد من الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كل منهما حراً من وجه عبداً من وجه ، فكان الثابت كالمكاتب ، فكذا ههنا مادام له حق السعاية في المدير كان بمنزلة المكاتب ، وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي وقوله (على ما قالوا) إشارة إلى أن فيه اختلافاً . قال بعضهم : نصف قيمة القن لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة بيع وما شاكله ومنفعة الإجارة وما شاكلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر . وقال بعضهم : قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم وهو مدة عمره من حيث الحزر والظن . والأصح ما قاله في الكتاب لأن

الصحيح أن يقال لأنه عند الإعتاق مدبر ولا يقبل النقل من ملك إلى ملك اه . ولك أن تقول : كلام المصنف مبني على التشبيه فإنه شبه بها على الأصلين في عدم قبول النقل (قوله وأقول الساكت حق الاستسعاء) إلى قوله : فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي (أقول : هكذا وجه في بعض النسخ) إلا أن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ ألغى على بحث فإلزام فيه (٦١ - فتح القدير ج ١ - ٤)

ولا يضمه قيمة مامله بالضمان من جهة الساكت لأن ملكه ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ، فلا يظهر في حق التضمين

وقيمة المكاتب نصف قيمة الثمن لأنه حريدا وإن بقيت الرقبة (قوله ولا يضمه) أى لا يضم المديبر المعق (قيمة مامله بالضمان من جهة الساكت) وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمته ثلثي قيمته ثلثا قنا وثلثا مديبرا (لأن ملكه فيه) أى في ثلثه قنا (ثبت مستندا) إلى وقت التدبير (وهو ثابت من وجه) وهو بالنظر إلى حال أداء الضمان (دون وجه) وهو بالنظر إلى الحقيقة حال التدبير (فلا يظهر في حق التضمين) بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال المعق . واستشكل بما إذا اعتق أحد الشريكين وهو موثر فضمه الساكت فإنه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا . أوجب بأنه لما انتقل نصيب الساكت إليه قام مقام الساكت وكان الساكت الاستسعاء ، فكذا للمعق ، أما هنا فليس للساكت تضمين المعق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المديبر ، ولذا كان للمديبر استسعاء العبد كما كان الساكت القائم هو مقامه . ولا يحتج أن هذا لا يدفع الوارد على قوله إن الملك المستند لا ينتهض سببا للتضمين ، إذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المديبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذى لا ضمان له على المعق ، فكان الأوجه أن يقال من الابتداء لا يضمه ماضين للساكت لأنه بالضمان له قائم مقامه ، وليس له أن يضم المعق ذلك الثالث فكذا ليس للقائم مقامه ، بخلاف ثلث نفسه : أحنى ثلث المديبر فإنه لم يتم فيه مقام أحد . ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بأن الكلام في أن الملك المستند لا ينتهض سببا لضمان مفسده كالحق المفسد بإعتاقه ملك المديبر في نصيب الساكت . والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لأن العبد ليس مفسدا شيئا بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمه ، فكذا من صار الملك له وقام مقامه .

منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة ، وقيل الفتوى على الأول . وقوله (ولا يضمه قيمة مامله بالضمان) يعنى أن المديبر لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المديبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المديبر ثلثا العبد ، وله أن يضم قيمة ما كان له في الأصل وهو الثلث مديبرا ، فإن نصيبه بعد تدبيره كان منتفعا به من الوجه الذى ذكرنا وفسد بالإعتاق فيضمن ، وليس له أن يضم المعق قيمة الثلث الذى تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين : أحدهما أنه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين . والثاني أنه لما انتقل نصيب الساكت إلى المديبر قام المديبر مقام الساكت في ذلك الثلث ، والساكت لا يملك تضمين المعق فكذلك من قام مقامه . وبالوجه الثاني يدفع ما قيل على ما في الكتاب أن أحد الشريكين إذا اعتق نصيبه وهو موثر يضم للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعق على العبد وإن ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه . ووجه ذلك أن المديبر قام مقام الساكت بأداء الضمان ، وليس للساكت تضمين المعق لما ذكرنا من تعين تضمين المديبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الأصل ، فكذلك من قام مقامه . وأما المعق فلما قام مقام الساكت بأداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعق أيضا ثلث

(قوله وبالوجه الثالث يدفع ما قيل ، إل قوله : يضم للساكت قيمة نصيبه الخ) أقول : كذا هذا يتضمن الاعتراف بقصور الوجه المذكور في الكتاب من إضافة الدعي سائلا عن الإعتاق . وقد أنقول : المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان الإنسان ، لأنه لما لم يكن ثابعا من وجه لم يكن الإعتاق إخلالا بحصص الملك فيطلب جانب عدم الإسناد والحماية على جانب الوجود ، بخلاف استسعاء العبد فإنه ضمان الأجنبي

والولاء بين المعتق والمدير أثلاثا ثلاثة المدير والثالث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار.

واعلم أنه لو لم يعتق المعتق إلا بعد أداء المدير الضمان للساكت كان للمدير تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدير نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته ، كذا علوا . والوجه على هذا أن يقال في أصل التعليل : ليس له أن يضمّن المعتق ما ضمنه ، لأنه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وإن لم يدفع الوارد أيضا لأنه ظهر ملكه حال العتق بأداء الضمان مستندا ، ويحتاج إلى تنميته بقولنا فيكون ثابتا حال الإعتاق من وجه دون وجه ، ويعود السؤال يعتق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده . هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغي أن يضمّنه قيمة ثلثيه مدبرا لأنه حين تملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا لاقتنا ، ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لأنه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء . والجواب لايم إلا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو حق على ملكه ، إذ لا موجب لصيرورته مدبرا لأن ظهور الملك الآن لا يوجب والتدبير يتجزأ ، وذكرهم لزيادة وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج إليه ، إذ يكفي فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان ، وإنما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من أنه ضمان جنائية لا تملك (قوله والولاء بين المعتق والمدير أثلاثا ثلاثة للمدير والثالث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فإن أحد ثلثيه كان نصيبه بالأصالة والآخر تملكه بأداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء ، بخلاف المعتق فإنه وإن كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدير ليس له إلا ثلث الولاء لأن ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان إفساد لما ذكرنا من أن المدير غير قابل للنقل وسحق أعتقه كان مدبرا ، ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه . وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدير : أي بين عصبة المدير والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ، ونسبه لتأضيخا وهو غلط لأن العتق المتجزئ يوجب إخراجه إلى الحرية بتجزئ أحد الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدير لزيادة من حين وجوده ، كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبر الآخر الساكت فإنه لا تتأخر حرية باقيه إلى موته كما قدمناه أول الباب ، بخلاف مالو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتباً لشريكين فدبره أحدهما تقيده نصيبه وبقي نصيب الآخر مكاتباً من غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة ، لأن نصيب الآخر على حاله عنده ، وأما ما في الزيادات : مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تنجزاً عنه ، وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيتخير فيضمّن المعتق إذا كان موسرا

الولاية . وقوله (والولاء بين المعتق والمدير) أي بين عصبة المدير (أثلاثا ثلاثة المدير والثالث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فإن قيل : لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء أيضا لأنه أدى إلى المدير ثلث قيمته مدبرا . أجيب بأن ضمان المعتق إلى المدير ضمان إتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا أن المدير غير قابل للنقل من ملك إلى ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن ، وأما المدير فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستندا إلى وقت التدبير على ما مر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فثبت له ثلثا

لا ضمان للإنسان على ما مر (قوله وقوله والولاء بين المعتق والمدير أي بين عصبة المدير) أقول : فيه بحث .

وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما صار كله مدبراً للمدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضدنه ، ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاء ، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية ، والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر . قال (وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوماً ويوماً تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها)

واستسعاء العبد مختاراً أو جبراً بإجاراته فهو يحقق ما قلنا من أنه لا يبقى فيه الرق إلى أن يؤدي السعاية ، والله أعلم (قوله وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما الخ) يعني أن ما ذكرنا من هنا قول أبي حنيفة ، فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبراً لشريكه المدبر (وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا) فيضمن ثلثي قيمته لشريكه (ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك) لأنه أمكن على ما ذكرنا (فأشبه الاستيلاء) أى ما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً (بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد) لضمان تملك ، وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس ، وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار وارداً فيه (والولاء كله) على قولهما (للمدبر وهو ظاهر) لأن العتق كله من جهته . وأعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا ينافي ضمان التملك لأنهما حيث قالوا إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه ولا كيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه ، وحينئذ يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس (قوله وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوماً) أى لا تخدم فيه أحداً (ويوماً تخدم المنكر) ولومات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له ، وتسمى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة ، كذلك ذكره الفقيه أبو الليث . ووجه

الولاء للمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل إلى المدبر لا ينتقل إلى المعتق . وقوله (لأنه ضمان تملك) أى لأن ضمان التدبير ضمان تملك لأنه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والإعسار كضمان الاستيلاء (بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية) وهو يختلف باليسار والإعسار . وأعرض بأن قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والإعسار أدرتم به مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالإعتاق ، والأول مردود بأن من كسر جرة إنسان مثلاً أو أنلف ملكاً من أملاكه فإنه يجب عليه الضمان موسراً كان أو معسراً ، والثاني تحكم . وأجيب بأن المراد الثاني ، والتحكم مدفوع لثبوت بقوله صلى الله عليه وسلم « في الرجل يعتق نصيبه : إن كان غنياً ضمن ، وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر » فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس . قال (وإن كان جارية بين رجلين) إذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوماً) أى ترفع عنها الخدمة يوماً (وتخدم المنكر يوماً عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة) كلها (لاسبيل عليها) يعني للمقر بالاستسعاء

لها أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كلها هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج إلى العتق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت .

هذا التفرع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ، ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه ، فإنه إن لم يتمكن من تضمينه إن كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر لإقراره بفساده ثم يسمى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا ، وعندهما كلك إن كان المقر عليه معسرا ، فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لاحق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه الإنكاره ولا يثبت له . وقال محمد : إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها . وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالوا باعتبار قول مرجع لأبي يوسف ، ولا ينبغي مثله أن يفعل إلا أن يقرن بالبيان فيقال في قوله الأول مثلا وإلا أوهم أن ينسب إليه الآن ماليس هو قاتل به . واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف ؟ الأول والصواب أن لاخدمة له عليها بل بمجرد إقرار المقر صار حق المنكر في سعيها وتخرج بها إلى الحرية . وفي المختلف في باب محمد أن نفقها في كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فنفقها على المنكر ، ولم يذكر خلافا في النفقة . وقال غيره : نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقها من كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر ، وهذا اللاتق يقول أبي حنيفة . وينبغي على قول محمد أن لانفقة لها عليه أصلا لأنه لاخدمة له عليها ولا احتباس ، وأما جنتاها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجنتاها عليها : أي تأخذ جنتاها ممن جنى عليها لتستعين بها ، وعلى قول أبي حنيفة جنتاها موقوفة إلى تصديق أحدهما صاحبه (قوله لها أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب لإقراره عليه فصار كأنه هو استولدها ، كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق) حتى لو اشتراه عتق عليه ، وإذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فإنه لا يكون للآخر الاستخدام ، والمقر أيضا امتنع عليه الاستخدام لأنه يدعى الملك على المنكر ، وإذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعاها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندها ، ولا وجه إلى تضمين شريكه ، فإذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليها ، فإن المنكر أخذ حصته والمقر يرثها

(لها أنه لما لم يصدقه) بتقريره أن المقر لو أقر على نفسه بالاستيلاء صح ، فإذا أضافه إلى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب إقراره عليه ، وإذا انقلب لإقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع فإنه يجعل كأنه أعتقه ، وإذا انقلب لإقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لأن المقر صار بإقراره كالمستولد لها ، ولا يمكن للمنكر تضمين المقر ، لأنه ما أقر على نفسه بالاستيلاء فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية (فتخرج إلى العتق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت) فتخرج إلى العتق بالسعاية لتعذر إبقائها في يد المولى وملكه بعد إسلامها وإصراره على الكفر)

(قوله كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع) أقول : قوله قبل مطلق بقوله أقر .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخلعة كلها للمنكر، ولو كذب كان له نصف الخلعة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خلعة للشريك الشاهد ولا استعواء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاء والضمان، والإقرار بأموية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد، فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد (وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: يضمن نصف قيمتها) لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما، وعلى هذا الأصل تبنى عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى.

منه ويدعى أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاء فصارت كأم ولد النصراني إذا أسلمت لما امتنع بإسلامها مقاصد الملك عليه ولم يكن إخراجها عن ملكه مجازا للإضرار به وجب أن تعتق بالسعاية (قوله ولأبي حنيفة) وعلمت أن أبا يوسف معه (أن استحقاق المنكر نصف خلعها ثابت بيقين) لأن المقر إما صادق فيكون جميع خدمتها له لأنها أم ولده وهو مستحق لخدمتها، أو كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن. وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استعواء لأنه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاء والضمان على شريكه، وهو لف ونشر مرتب. وقولهما انقلب إقراره عليه. قلنا ممنوع لأن الإقرار بأموية الولد إقرار بالنسب (وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) بنفسه حكما، نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ بإقراره فيمنع استخدامه واستعواؤه وقد قلنا بذلك، ولا يسرى قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعق العبد عليه لو اشتراه من هذا لإقراره على نفسه لا من الانقلاب، وحاصله منع الانقلاب، والجواب عما استدلل به عليه (قوله وإن كانت أم ولد بينهما) بأن ادعى كل منهما أنها أم ولد له (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة وقالوا: يضمن نصف قيمتها) وإن كان معسرا سعت للساكت فيه وأصل الخلاف في تقويم أم الولد، فعنده غير متقومة، وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة (وعلى هذا الأصل تبنى عدة من المسائل)

(ولأبي حنيفة أن المقر لو صدق) تقريره موقوف على مقدمة هي أن الخبر ينقسم إلى صادق وكاذب قسمه حقيقية لا يجهتان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان إلى مطابقة الواقع وعدمها، فالمقر إما أن يكون صادقا في إقراره أو كاذبا، فإن كان الأول (كانت الخلعة كلها للمنكر) وإن كان الثاني (كان له نصف الخلعة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خلعة للشريك الشاهد ولا استعواء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخلعة فيدعوى الاستيلاء، وأما عن الاستعواء فيدعوى الضمان في كلامه لف ونشر على ما ترى. وقوله (والإقرار بأموية الولد يتضمن الإقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها: يعني أنه لما أقر بأموية الولد والإقرار بها يتضمن الإقرار بالنسب والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى أن الرجل إذا أقر بنسب صغير لرجل فكلبه المقر له ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لأن النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعاه (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده) خلافا لهما، وعلى هذا الأصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى: منها أنه إذا مات أحدهما حتى عتقت

(قوله والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد) أقول: فإن قيل الإعتاق أيضا لا يرتد. قلنا: نعم، والانقلاب فيه أيضا غير مسلم بل المقر مؤاخذ بإقراره، فليأمل (قال المصنف فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) أقول: لا يقال التثنية من بعض الوجوه كاستباح البيع لأنه لا يضرع عليه حينئذ قوله فيمنع الخلعة (قوله منها أنه إذا مات أحدهما إلخ) أقول: سيحىء في آخر الباب أن بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى

وجه قولهما أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداما ، وهذا هو دلالة التقوم ، وبامتناع بيعها لا يسقط تقويمها كما في المدبر ، ألا ترى أن أم ولد التصرفي إذا أسلمت عليها السعاية ، وهذا آية التقوم

ذكرها المصنف في كفاية المنتهى : إحداها هذا : والثانية أم الولد إذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبة منه وعق ولا يضمن من قيمته شيئا لشريكه عنده ، وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسرا ، وإن كان معسرا استسعى الولد في النصف : يعنى إذا بلغ حدا يستسعى فيه مثله . ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين إذا مات أحدهما لاستسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما . ومنها لو غصب أم الولد غاصب فأتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما . وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الحر ، حتى لو وضعها في مسبعة فافتربها سبع يضمن عنده كما يضمن الصبي الحر بذلك لأنه ضمان جنابة لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق . ومنها لو باعها وسلمها فأتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما . ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه أن يرده جميع الثمن عنده ، وعندهما يجعس ما يخصها من الثمن (قوله وجه قولهما) وهو قول الجمهور (أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداما) وكلنا يملك كسبها ، ولو قال كل مملوك لي حر عتقت ، وهذا هو دلالة التقوم والغائب ليس إلا مكنة البيع وهو لا يبنى التقوم كما في المدبر والآبق وامتناع سعيها لغرماء المولى أو ورثته إذا لم يكن له مال سواها مثلا لأنها مصروفة إلى حاجتها لنفع حاجته حتى لا يضيع نسيه وماؤه وهذا مانع يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية وعندهما (وهذا) أى الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه (دلالة التقوم) لأن هذه الأفعال لا تكون إلا بملك الخيين فيها لعدم عقد النكاح والإجارة ، ولا زيادة بعد هذا إلا بثبوت حق الحرية ، ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم ، ألا يرى أن أم ولد التصرفي إذا أسلمت سميت له ، وهذا آية التقوم في أم الولد مطلقا لأنه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد التصرفي ، فإذا ثبت التقوم في إحداها ثبت في الأخرى ، وكذا ولد المهرور إذا كانت أمه أم ولد فإن المهرور يضمن قيمة ولده منها عندنا . وحاصله دليلان : الأول قياس على المدبر ، والثاني إجماع مركب . وأيضا ثبت ماليها فلا يخرج عنها إلا بمقتضى حق الحرية الطارئ بالاستيلاء ليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فإن فيه حق الحرية مع انتفاء علم

لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى . ومنها أنها إذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبة منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده . وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه إن كان موسرا ويستسعى الولد في نصف قيمته إن كان معسرا . ومنها أنه إذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما (وجه قولهما) في تقوم أم الولد (أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداما) بالاتفاق ، وكل ما هو كذلك فهو مقوم لأن محل الوطء لا يكون إلا بملك الخيين عند عدم النكاح (ألا ترى أن أم ولد التصرفي إذا أسلمت عليها السعاية) ولولا تقويمها لم يكن كذلك ، فإن عورض بأن بيعها ممنوع وذلك دليل على عدم التقوم . أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقويمها كما في المدبر . وقوله (غير أن قيمتها) بيان لمقدار القيمة وهو واضح

تقوم مناقبة ، في تفرع هذه المسألة على التقوم كلام (قال المصنف : وهذا هو دلالة التقوم) أقول : فيه بحث لأن أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوم . ثم اطمأن في تقوم أم الولد رويين عن أبي حنيفة كما سيجي في كتابه العهد المشترك من البنات وغيرها .

غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت ، بخلاف المدبر لأن الفاتحة منفعة البيع ، أما السعاية والاستخدام باقيان . ولأى حنيفة رحمه الله أن التقوم بالإحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوم والإحراز للتقوم تابع ، ولهذا لا تسمى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر ،

المالية والتقوم لثبوتها فيه (قوله غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات) منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقي منفعة من ثلاث فحسبها ثلث القيمة (بخلاف المدبر فإن الفاتحة منفعة البيع) فقط لأنه يسمى بعد الموت إذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنا . وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف ، وقد بيناه في الكلام على قيمة المدبر في المسئلة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر (قوله ولأى حنيفة) الحاصل أن ما ذكر من الوازم إنما هى لوازم الملك بعضها أعم منه ثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والإجارة ، فإن الوطء ثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والإجارة تثبت بالإجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ، ولا كلام في ملك الرقية إنما الكلام في التقوم والمالية ، والتقوم ثبت بالإحراز على قصد القول حتى لا يكون العبد قبل الإحراز مالا متقوماً لا بالملك وإن ثبت معه ، والأدب وإن صار مالا متقوماً بعد أن لم يكن في الأصل مالا لأنه خلق لأن يكون مالكا للمال ولكن ذلك إذا أحرز للتقوم ، وأم الولد إذا أحرزها واستولدها كان إحرازه لها للنسب لا للتقوم ، وإن كان أول ثملها كان للتقوم ، لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية إلى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرناه . وهذه المقدمة تقبل المنع : أحسن انتفاء صفة المالية والتقوم بالإحراز للنسب بأن يقال لانسلم الملازمة بين الإحراز للنسب وانتفاء التقوم . وجوابه أنه وإن لم ينافه لكنه تابع فصار الإحراز في حق التقوم كالمتنى ، وبذلك على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعيها لغريم أو وارث وإن لم يخرج من الثلث أو لمال له سواها وعليه ديون ، وإن ما كان مالا متقوماً في حياته يتعلق به حق ورثته وغرماته ولو في بعض الصور ، كالمدر لسلم لم يخرج من الثلث أو خرج والركة مستغرقة تعلق به فيظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالا غير أنه موصى به وإذا لم يمكن اعتبار حصص الوصية فيه لما ذكرناه بطلت فسخى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد ، وحيث ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوماً جاز بيعه ، فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقيق مقصود المدبر من نيته فواب عتقه بعد موته . والجواب عن لزوم التقوم بأمر ولد النصراني يمنع تقومها ، ولزوم السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة إذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا إخراجها عن ملكه جاننا وهو ملك صحيح فأنزلت مكانة عليه على قيمتها . ونقول : لا يفتقر بدل الكتابة إلى التقوم لأنه في أصله بمقابلة مالميس بمقوم وهو فك الحجر ولو سلم ، فالأمور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في محلها من تلك الضرورة ، أو نقول : هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبقى

(ولأى حنيفة أن التقوم بالإحراز) للتقوم ولا إحراز للتقوم في أم الولد لأنها محرزة للنسب لا للتقوم . وقوله (لا للتقوم) معناه للتقوم ولكل في قوله (والإحراز للتقوم تابع) أى ليس بمقصود لأنه إذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازها للاستمتاع بملك المنعة لا لقصد القول . وقوله (ولهذا لا تسمى لغريم) جاز أن يكون بياناً وتوضيحاً لقوله والإحراز للتقوم تابع ، يعنى أنه لو كان مقصودا لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرام به بعد موته لكن اللازم باطل فكل ذلك المزوم ، وجاز أن يكون بياناً لقوله وهى محرزة للنسب لا للتقوم . وقوله (بخلاف المدبر) جواب عن قولنا كما في المدبر : يعنى بخلاف المدبر فإنه ليس بمحرز للنسب ولهذا تعتق به

وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع بفعل السبب في إسقاط التقويم، وفي المذهب ينقد السبب بعد الموت، وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافتراقا. وفي أم ولد النصراني قضينا بتكاتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين، وبذل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقويم.

على اعتقادهم كما في مالية الحر، أو أن ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتها كان مضمونا عليها وإن لم يكن متقوما، كالمقاصص إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بغض الآخر يلزمه بدله. وبهذا تم الوجه لأبي حنيفة. وأما قوله في الكتاب (وهذا لأن السبب فيها) أي في أم الولد (متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الإثبات، إذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها، وإنما هو بيان حكمه شرعية عدم تقومها: يعني أن حكمه إسقاط الشرع تقومها بثبوت الجزئية بينها وبين ولاتها الحر إلى آخر ما ذكر في المصاهرة كما أشار إليه عمر حيث قال: كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماهن بدمائكم؟ فثبت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم، وكان مقتضاه أن تنجز حربتها لكن انعقد الإجماع على علمه بقي فيها سواء وهو عدم التقويم لعدم الإجماع عليه، وكذا يدل على عدم التقويم قوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» بهذا الطريق، وهو أنه يدل على تنجز العتق، لكن الإجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية بقي فيها سوى حقيقة العتق معمول به ومنه سقوط التقويم. فإن قيل: فالتدبير أيضا كذلك: أي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابها فيجب أن ينقضي تقويم المديبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد. فالجواب أن ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي أن تأخيرها كغيره من التعليقات يوجب بطلانه، لأن ما بعد المولود زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيقتدر بقله الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقويم بل يبقى في حق سقوط التقويم على الأصل: يعني فتتأخر سببته لسقوط التقويم

حق الغرماء. وقوله (وهذا) إشارة إلى الفرق بين أم الولد وبين المديبر وبيانه (أن السبب فيها) أي في أم الولد (متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا) إلا أنه لم يظهر عمله في حق (زوال الملك ضرورة الانتفاع) كما لم يظهر في زوال ملك النكاح للملك، ولا ضرورة في إسقاط التقويم بفعل السبب، وأما في المديبر فإن السبب ينقد بعد الموت، لأن قوله إن مت فانت حر تعليق محض، والمعلق بالشرط لا ينقد سببا عندها قبل وجوده على ما عرف. وقوله (وامتناع البيع فيه) جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها. وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المديبر، إلا أنه إنما امتنع تحقيقا لمقصوده، إذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المديبر وهو العتق بعد موته. وقوله (وفي أم ولد النصراني) جواب عما قاسا عليه. وقوله (قضينا بتكاتها عليه) ليس المراد به حقيقة الكتاب، ولكن لما حكمنا بأنها تخرج عن ملكه بأداء القيمة كانت في معنى المكاتب، وإنما فعلنا هكذا (دفعا للضرر عن الجانبين) أما في حق أم الولد فللأن تبقى تحت يد نصراني وهي مسلمة، وأما في حق النصراني فللأن يبطل ملكه عينا فلما كانت هي في معنى المكاتب كان ما أدته في معنى بدل الكتابة، وبذل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى تقويم ما يقابله لأنه في الأصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير مقنوم، فلذلك قلنا إن تكاتها لم يقتض تقويم أم ولد النصراني فاطرد ما قلنا، والله أعلم.

(باب عتق أحد العبيدين)

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدهما حرّ ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدهما حرّ ثم مات ولم يبين عتق من الذى أعبد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله كذلك إلا في العبد الآخر فإنه يعتق ربه)

إلى ما بعد الموت ، وعلى هذا يحمل قول المصنف : وفي المدبر يتعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه إلزام التناقص ، وذلك أن كلامه في سقوط التقوم لأم الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم في أم الولد ثابت في الحال ، وسبب سقوطه في المدبر متأخر إلى ما بعد الموت كما بينا .

(باب عتق أحد العبيدين)

هذا أيضا من عتق البعض . غير أن الأول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الأول من هذا منزلة الجزء ، وهو مقدم على الكل لأن الأول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد (قوله ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدهما حرّ ثم خرج واحد منها ودخل آخر) وهو الباقي من الأعبد الثلاثة (فقال) المولى (أحدهما حرّ) فالمسئلة على ثلاثة أوجه : أحدها أن يبين العتق قبل الموت ، والثاني أن يموت المولى قبل بيانه وهي مسألة الكتاب ، والثالث أن يموت العبد قبل البيان . وحكم هذا القول إذا وقع منه أن يؤمر

(باب عتق أحد العبيدين)

لما فرغ من بيان عتق بعض العبيدين عتق أحد العبيدين وقدم الأول لأن الواحد قبل الاثنين (ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدهما حرّ ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدهما حرّ) ولم يسم كلا منهم باسم الفصل الذى انصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان مادام حيا لأنه هو المجهل فيرجع في البيان إليه ويعتق الذى عنه ، فإن بين الكلام الأول في الخارج عتق الخارج ، ويؤمر بالبيان في الكلام الثانى ويعتق من عنه ، وإن بين الكلام الأول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثانى لأنه صار خيرا فلا يستحق به العتق ، كما لو جمع بين حرّ وعبد وقال أحدهما حرّ لا يعتق العبد ، وإن بدأ ببيان الكلام الثانى وقال عتيت بالكلام الثانى الداخل . عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الأول ، وإن قال عتيت بالكلام الثانى الثابت عتق الثابت بالكلام الثانى وتعين الخارج للكلام الأول فيعتق الخارج أيضا (وإن مات ولم يبين عتق من الذى أعبد عليه القول) يعنى الثابت أعبد عليه قوله أحدهما حرّ (ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين) يعنى الخارج والداخل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد كذلك) يعنى يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه (إلا في العبد الآخر) وهو الداخل (فإنه يعتق ربه) باعتبار الأحوال . والأفضل في اعتبار الأحوال في حالة الاشتباه ماروى

(باب عتق أحد العبيدين)

(قوله ثلاثة أرباعه) أقول : فاعل عتق .

المولى بالبيان ، وللعبد تخصصه في ذلك ، فإذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج بالكلام الأول عتق وبطل الكلام الثاني لأنه حينئذ جمع بين حرّ وعبد وقال أحدكم جر إنشاء في المجهل الدائر بينهما ، ولا يمكن ذلك إلا إذا كان كل منهما محل الحكمه ، والحري ليس كذلك فبطل إنشائيته وصار غيراً بأن أحدهما حر وهو الثابت ، فلا يفيد في الخارج ^١ عتقاً . فإن قيل : البيان له حكم الإنشاء لأنه في المعين والعتق المجهل لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كأنه إنشاء لأن العتق فيه بعد ما أعتق الأحـد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثاني ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان . أجيب بأن البيان إنشاء من وجه لامن كل وجه ، بل من حيث إن وقوع العتق الأول في المعين به لا يكون بالعتق الأول فقط لأنه عتق مبهم وهو غير المعين يكون إنشاء ، ومن حيث أن المولى يجبر على البيان إذا خاصمه العبدان ولا يجبر على إنشاء العتق يكون إظهاراً ، فعل تقدير الإنشاء يعتق الداخل ، وعلى تقدير الإخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك ، وإن بين بالكلام الأول عتق الخارج فلا إشكال ويؤمر ببيان الأول فليهما بينه من الخارج والثابت عمل به . وإن قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الأول ، ولا يبطل لأن حال وجوده كانا رقيقين ، وإن لم يبين المولى شيئاً حتى مات أحد العبيد فلموت بيان أيضاً ، فإن مات الخارج تعين الثابت للعتق بالإيجاب الأول والخارج بالإيجاب الأول لزوال المراحم وبطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا ، وإن مات الثابت تعين الخارج بالإيجاب الأول والداخل بالإيجاب الثاني لأن الثابت هو المراحم لهما ولم يبق ، وإن مات الداخل أمر ببيان الأول ، فإن عني به الخارج عتق الثابت أيضاً بالإيجاب الثاني ، وإن عني به الثابت بطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا ، وإن مات المولى قبل البيان فهي مسئلة الكتاب ، واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت . واختلف في الداخل ، ومذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يعتق نصفه أيضاً ، وعند محمد يعتق ربه . واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الأرباع مع قولهما بعدم تجزئ الإعتاق . والجواب أن قولهما بعدم تجزئ إذا وقع في عمل معلوم ، أما إذا كان الحال إنما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة . والحاصل أن عدم التجزئ عند الإمكان والانقسام هنا ضروري . ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لأن الواقع أن كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يفر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حراً ، فيمكن أن يقول : يعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبي حنيفة ، غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده ، وعندهما يسعون وهم أحرار ، إذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجازاً لا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي إلى

« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أناساً إلى بني خشم للقتال ، فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل » باعتبار الأحوال ، وذلك لأن السجود منهم كان محتملاً أن يكون لله تعالى فكان إسلاماً ، ويجب يقتلهم جميع الدنيا ، وأن يكون لغير الله تقيّة من القتل على ما كان عليه عاداتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقياً من شرهم فلا تجب يقتلهم

(١). (قوله فلا يفيد في الخارج) فكذا في النسخ ، ولعل الظاهر فلا يفيد في الداخل تأمل اهـ من هامش نسخة العلامة البحر اوى .

أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت ، وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف ، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثانى ربما آخر لأن الثانى دائر بينه وبين الداخل ، وهو الذى ساء فى الكتاب آخرًا فيتصرف بينهما ، غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفه ، فما أصاب المستحق بالأول لغا ، وما أصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الأرباع ولأنه لو أريد هو بالثانى يعتق نصفه ، ولو أريد به الداخل لاعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالأول ، وأما الداخل فحمد رحمه الله يقول : لما دار الإيجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكل ذلك يصيب الداخل وهما يقولان إنه دائر بينهما ، وقضيته التتصيف وإنما نزل إلى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا ، ولا استحقاق للداخل من قبل

أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما. ورد على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى أحدكما حرًا إعتاق الاثنين وهو باطل ، بل أحدكما لا يؤدى معنى كلاكما ، وقد يدفع عنه هذا بمنع كون الموجب ذلك بل موجب عتق رقبة شاملة ، وإنما عتق الكل من كل منهما للضرورة التى اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه فى الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقع عتق النصف مثلاً وجباً للتوزيع كوقوعه موجباً لقوله أعتقت نصفك ، فكما يقع اعتناق النصف اعتناقاً للكل إذا وقع عن وجهه كذلك يقع هنا . والحاصل أنه لا موجب أصلاً لخروجهما عن أصلهما ، وموافقة أبى يوسف أبا حنيفة فى عتق نصف الداخل لا توجب موافقته فى التجزئ . ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف) إذ لا مرجح (غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثانى ربما آخر لأنه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما) لكن نصف الثابت شاع فى نصفه ، فما أصاب منه الممتق بالأول لغا ، وما أصاب الفارغ من العتق فليس له الربع مضافاً إلى عتق النصف بالأول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولأنه لو أريد الثابت بالثانى يعتق نصفه) الباقى ، ولو أريد الداخل لاعتق منه شيء فعتق نصفه فى حال ولم يعتق منه شيء فى حال فيقسم النصف له فيعتق ربه وقد كان عتق له النصف بالأول فيكمل له عتق ثلاثة الأرباع . وجه المذكور لحمد فى الداخل أن الإيجاب الثانى دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكل ذلك يصيب الداخل (قوله وهما يقولان) حاصله أن إصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوخه فى كله ونصفه شاعاً معتق ، فما أصاب منه هذا النصف لغا ، وما أصاب القن عتق فلغا ربه . وهذا المعنى متفق فى النصف الذى أصاب الداخل ، وقد علمت أن أبا محمد لم يوافق على هذا التوجيه ، وتقدم له أيضاً أن الإيجاب الثانى صحيح فى حالة وهى أن يريد بالكلام الأول الخارج غير صحيح فى حالة أخرى وهى أن يريد به الثابت لما تقدم ، وعلى تقدير صحته بثبوت به عتق كامل بينهما لكل نصفه ، وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء أصلاً فانتنصف الثابت به فأصاب كلا ربه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربه . وإذا عرفت هذا ظهر

الدية ، فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف ، وعلى هذا مسائل أصحابنا . فإن قيل : ما بال أبى حنيفة فى الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الأحوال ؟ أجيب بأنه إنما يجب للمصير إلى

أن المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لأن عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور ، فإنه لم يصبه النصف أصلا بل أصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين . وعلم أن قولم يريد الخارج بالكلام الأول معناه يحتمل أن يبين الميث العتق فيه لو بينة قبل موته وإلا فالعتق المبيح لم يرد به المعين حال صدوره بل المبيح ، ثم بالتعيين ينزل ذلك المبيح فيه . وللشافعي في أصل المسئلة قولان : في قول يقرع بينهم وفي الأصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان . وعند أحد يقرع بينهم وكذا إذا قال لعبيده أحدكما حريقرع بينهما ، فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر " ولا يصح بيانه إلا أن يقول كنت نويته عند التلفظ . لنا في تأصيل اعتبار الأحوال ما روى أنه عليه الصلاة والسلام بعث سرية إلى خنم القتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل ، وليس هذا إلا لاعتبار الأحوال لأن السجود جاز كونه لله فيكون إسلاما فيجب كمال العقل . وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم ثقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكاله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف . وجه اعتبار القرعة حديث عمران ابن حصين « أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » رواه الجماعة إلا البخاري ، وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا ، وقد علمت أن ما أصبح سنده جاز أن يضعف بعله قاذحة . ومن الملل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة ، وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه ، قالوا : هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر ، فإنه من جنسه لأن حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر ، والقرعة من هذا القبيل لأنها توجب استحقاق العتق إن ظهر كذا لأن ظهر كذا ، وأما قضاء العادة بخلافه فإنها قاضية بنى أن واحدا يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا أوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ، ولا شيء قليل ولا كثير . وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك ليأخذوا غلتهم أو يكون وقع له ذلك في غنيمة إن كان مع القرض الذي فرضناه من عدم شيء قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضا مما يقضى العادة بنفيه لأنه أندر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة ، كما قالوا في المنفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بقطعه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيها تم به البلوى . وأما ما قيل إنها واقعة حال فلا تتم فليس بشيء لأن الفعل وإن لم يتم فإنه يدل على طريق صحيح ، وإذا كان طريقا صحيحا جاز ارتكابه وتقرر الحكم به ، وإلا فثله يلزم في استدلالهم به لاعتبار الأحوال من قصة الخنميين بلافق ، وكذا نحوه من أوجه ضعيفة ، وحقيقة الوجه ليس إلا دلالة العادة ، والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بقطعه من بعض رواه عن عمران ، ولذلك أجمع على عدم الإقراع عند تعارض البيتين للعمل بأحدهما ، وعلى عدمها أيضا عند تعارض الخبرين ، ونحن لانفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها شرعا لطيب القلوب ودفع الأحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه ، فإنه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا إلا أنه ربما يتسارع الضغائن إلى من ينصها من بينهن فكان الإقراع لطيب قلوبهن ، وكذا لإقراع القاضى في الأنصبة المستحقة والبداءة بتحليف أحد المتحالفين إن

فيثبت فيه النصف . قال (فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لأننا نجعل كل رقة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول : يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة ، والعتق في مرض الموت وصية ومحل فإذاها الثلث ، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسمى في أربعة ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسمى في خمسة ، فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلاثان . وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقة على ستة لأنه يعتق من الداخل عنه سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر ، وبقي التخرج مامر

هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل . والحاصل أنها إنما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ، ومنه أسهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان للثلاث ، وإلا فهو كان أنق بكفالتها لأن خالتها كانت تحتها ، والله أعلم . فأما أن يعرف بها لاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لأن القرعة قد تؤدي إلى حرمان المستحق بالكافة لأن العتق إذا كان شاملا فيهم يقع في كل منهم منه شيء ، فإذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه . بخلاف ما إذا وزع فإنه ينال بكل شيء ، وأما إذا لم يكن شاملا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشر جوار إذا أعتق أحدهم جاريته ثم لم تدل وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة أعشارها ففيه إصابة المستحق بعض حقه بقينا ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقه كما قاله فإن كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) لأن العتق في المرض وصية ومحل فإذا الوصية الثلث ، فإن كانوا يخرجون من الثلث فلا إشكال ، وإن لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته . قال المصنف (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، أما على قول محمد فسته وذلك لأننا نجعل كل رقة على أربعة (وإنما نجعل كل رقة على أربعة) لحاجتنا إلى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه (من أربعة) ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد من

اعتبار الأحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه ، والحنفي ليس كذلك لأنه إذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لا بد أن يتكلم لها ثلثي أو ثلثي له لحية وحيث يتوقف الاشتباه ، والوجه من الحنابين على ما ذكره في الكتاب وهو واضح . هذا إذا كان في الصحة (فإن كان القول منه في المرض) فإن كانوا يخرجون من الثلث فأجواب كذلك ، وإن لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لأن العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته ، فيجعل أولا كل رقة على أربعة أسهم (لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع) فالخارج يضرب بنصف الرقة وهو سهمان ، فكلما الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الأرباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فإذا كلل الثلث سبعة كان الجميع أحدا وعشرين وثلاثة أربعة عشر لأحالة فيعتق من الخارج سهمان ويسمى في خمسة ، وكذلك الداخل ، ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسمى في الأربعة . وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم ، فكانت

(قوله يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار) أقول : يعني أن الكلام في المستمر على الإشكال .

(ولو كان هذا في الطلاق ومن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه)

كون سهمان الورثة ضعفها لأن الثلثين ضعف الثلث وهما سهمانهم فيبلغ كل المال أحدا وعشرين ، وكل المال هو الأبعد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة ، ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت إلى ثلاثة أسباعه ، وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بنات سبع ، وأما قول محمد فلأنما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربه سدسا ، وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان العتق من مستحق ثلاثة الأرباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق منه نصفه إلا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة ، وعلى قولهما يعتق ثلثه لا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه ، وعلى قولهما يعتق سبعة ، ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف (قوله ولو كان هذا في الطلاق) يعني قال لزوجتين له أحدا كما طالق ، فخرجت إحداها ودخلت زوجة له ثالثة فقال إحدا كما طالق (وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من المهر الخارجة ربه) (ووجب لها ثلاثة أرباعه) (ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه) (ووجب لها خمسة أثمانه) (ومن مهر الداخلة ثمنه) (ووجب لها سبعة أثمانه) فأثرهما محمد رحمه الله المناقضة فإن سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهرهما ليست إحداها أولى بسقوطه من الأخرى فزعم بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها ، والكلام الثاني موجب في حال هي أن تراد الخارجة دون حال وهي أن تراد الثابتة لأنه يصير جامعا بين أجنبية ومنكوحة لأنه

سهام الوصايا ستة ، فإذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة ، والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة ، فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة . فإن قيل : ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا أجازت الورثة أو لم يميزوا عندهما لأن الإعتاق لا يتجزأ . أجيب بأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ إذا صادف محلا معلوما ، أما إذا كان بطريق التوزيع والاقسام باعتبار الأحوال فلا لأن ثبوته حيثل بطريق الضرورة ، وما كان كذلك لا يعتدى موضعها (قوله ولو كان هذا) أي ولو كان هذا الكلام (في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربه ، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) وهي مسئلة الزيادات يحتاج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والتمن في الصداق بمنزلة الربع من العتاق لأن المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الإيجاب

(قوله فإن قيل يلزم أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا الخ) أقول : قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه ، وقوله لأن الإعتاق لا يتجزأ لا يفيد فإن كل واحد منهم يكون عندهما حيثل حرا مديونا يسعى في ذنبه فليتأمل ، فإنه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية : لفلاس من الرقية ألا يرى إلى وجه الفرق عند أبي يوسف حيث جعل كلا من العتقين محلا للعتق ، وإلى قولهم بالتجزؤ في الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لكون محلا للاجتهاد فيه (بقوله أجيب بأن الإعتاق الخ) أقول : ورد هذا الجواب في فتح القدير فراجع إن شئت (قوله لأن ثبوته حيثل بطريق الضرورة الخ) أقول : الله إذا ثبت ولو بالضرورة ثبت جميع لوازمه ، ومن لوازم الإعتاق عندهما أن يسرى ولا يتجزأ يظهر ذلك

قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة ، وعندهما يسقط ربه ، وقيل هو قولهما أيضا ، وقد ذكرنا الفرق وتام
تفريعاتها في الزيادات

لاعدة لأنه قبل الدخول فيتنصف ويثبت به سقوط الربع موزعا ليسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة
فيضم إلى ما سقط مع الأول فيتم لما ثلاثة أثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لأن الثمن في الطلاق
قبل الدخول بمنزلة الربع لأن الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف . قال المصنف في جوابه (قيل هذا)
أى المذكور في الطلاق (قول محمد وحده ، أما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة) لأن الثمن فلا يتم به الإلزام (وقيل)
بل (هو قولهما أيضا) والفرق ذكر المصنف أنه ذكره في زياداته وذكر تمام تفريعاتها أيضا فيها . أما التفريعات
فأقلدنا في بيان العتق قبل موت أحد وبعد موت أحد العبدین ، وأما التفريعات في الطلاق ، فمن أن ميراث

الثاني (قيل هذا قول محمد) فلا يكون حجة عليهما لأن عندهما يسقط ربه (وقيل هو قولهما أيضا) فلا بد من
الفرق بين العتق والطلاق ، وفرق بأن الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لأنه حين تكلم كان له حق البيان وصرف
العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج ، فإدام له حق البيان كان كل واحد من العبدین حرا من وجه عبدا من
وجه ، فإذا كانت الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لأنه دائر بين المكاتب والعبد إلا أنه
أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا : فأما الثابتة في الطلاق فتدرد بين أن تكون منكوحة وبين أن
تكون أجنبية لأن الخارجة إذا كانت مرادة بالإيجاب الأول كانت الثابتة منكوحة فيصبح الإيجاب الثاني ، وإن
كانت الثابتة هي المرادة بالإيجاب الأول كانت أجنبية فيلغو الإيجاب الثاني ، فجعلت أجنبية من وجه دون وجه
فيصبح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة
فيصيب كل واحدة منهما الثمن . وأما التفريعات فمنها ما ذكرنا في أول البحث إذا كان المولى والعبيد أحياء . ومنها
إذا كان المولى حيا ومات أحد العبيد ، فإن مات الثابت عتق الخارج والداخل ، أما الخارج فلأن الكلام الأول
أوجب عتق رقبته بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحته ، وكذلك الكلام الثاني أوجب عتق رقبته بين الثابت
والداخل ، وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما ، وأما عند محمد فلأنما يعتق الخارج لما قلنا ، وأما الداخل فلأن
الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وإن مات الداخل قيل للمولى
أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت ، فإن أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضا لأنه ظهر أنه كان عبدا
عند الإيجاب الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته ، وإن أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة ، وكذا الداخل
لأن المضموم إليه حر . قال الإمام فخر الإسلام في شرح الزيادات : هذا عند محمد ، فأما عندهما فيجب أن
يعتق الخارج والثابت لأن الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام
الأول ، وإن مات الخارج تعين الثابت بالكلام الأول وبطل الكلام الثاني لأن المضموم إليه حر . هذه تفريعات
العتاق . وأما تفريعات الطلاق : فمن أن الزوج إذا كان حيا والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الأول على الخارجة صح
الكلام الثاني ، وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة بالثاني ، وإن أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثاني ، وإن أوقع
الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول . ومنها أن الثابتة لو ماتت
والزوج حيا طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر ، وإن

بملاحظة ما ذكرناه في تدليل عدم تجزئ الإعتاق (قوله كانت أجنبية الخ) أقول : إذ الكلام في الطلاق قبل الدخول ولا مدعى عليها حينئذ :

النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأوليين نصفين نصفه للداخلة لأنه لايزاحمها إلا إحدى الأوليين : أعنى الثابتة والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداها ليست أولى به من الأخرى . ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حتى طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في المتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر ، وإن ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الأول ، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لعدم مزاحة الداخلة بالموت ، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة ، وإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسألة العتق ، ولو لم تمت واحدة منهم حتى بين الزوج الطلاق الأول في الجارية صح وعليه بيان الثاني ، وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة به ، وإن بين الطلاق الأول على الثابتة لنا الكلام الثاني ، وإن أوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول ، وإن أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة أيضا لما تقدم . وأما الفرق فهو أن الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا إشكال فيه ، وكلها في حق الثابت . أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لأنه عتق نصفه وهو يقول بتجزى الإعتاق وعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة إليه أيضا ، بخلاف الطلاق لأنه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الإيجاب الثاني فيه دائرا بين كونه موجبا لسقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلافه في العتق ، وأما على قول أبي يوسف وهو لا يقول بتجزى الإعتاق فلأن الثابت دائر بين أن يكون حراً وبين أن يكون عبدا ، فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق إلى آخر ما ذكرنا لأبي حنيفة . ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الإيجاب الثاني إنما هو بعد موت المولى ، وإلا فالإيجاب الأول إنما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكامله فلا يحكم بعتق نصف أحد به ، لكن عند تعدد الوقوف على ذلك الواحد يموت المولى قسمناه بينهم ، فقد يقال من طرف محمد رحمه الله : إن اعتبار الأحوال إنما هو حال صدور ما يجب اعتباره ، وحال صدور الإيجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق أصلا . ويجب بأنه إنما يجب الاعتبار حال صدوره إذا كان لتعرف حكمه إذ ذلك ، ونحن إنما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت . وفرق آخر وهو أن الكلام الأول يعتبر تعليقا في حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق . أما البراءة عن المهر فلا محتمله من جهة الزوج ، فإن البراءة إنما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيها في حق البراءة ، وإذا اعتبر تنجيها كان الكلام الثاني مرددا بين أن يوجب أو لا يوجب شيئا فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالأول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمنا واحدا . وهذا ولا يخفى أن تخصيص أبي يوسف

ماتت الداخلة كان خيرا في الآخرين بالكلام الأول ، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لانعدام مزاحة الداخلة بالموت ، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة ، فإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في المسئلة المتاق . ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأوليين نصفين ، نصفه للداخلة لأنه لايزاحمها إلا إحدى الأوليين ، والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداها ليست بأولى به . قال

(قوله لايزاحمها إلا إحدى الأوليين) أقول : يضي الثابتة .

(ومن قال لعبدية أحدكما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتى عتق الآخر) لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت والعتق من جهته بالبيع والعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى العتق وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته، والمقصودان

في الفرق بما ذكر يقتضى أنه لا يقول بتجزى الإعتاق في الأعيد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال (قوله ومن قال لعبدية أحدكما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له) أى لأحدهما (أنت حر بعد موتى عتق الآخر) المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم، ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك، وعند أحمد لا بيان إلا بالقرعة، وباللفظ لا يصح إلا أن يقول كتب نوبته عند التلفظ به، وعند الظاهرية لا يعتق أصلا. والبيان يقع صريحا كقوله اخترت أن يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذى قلته، أو يقول أنت حرّ بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق، أما إذا اقتصر على قوله أنت حرّ ثم قال أردت بذلك العتق فإنه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر، ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا لأن هذا عتق آخر نازل بغير الأول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الإعتاق. ودلالة كما إذا باع مطلقا أو بشرط الخيار لأحد الشايعين بيعا صحيحا أو فاسدا مع قبض ودونه في الصحيح لأن البيان يقع بتصريف مخصص بالملك سواء كان خرجا له من الملك كما لو تجزعت أحدهما أو باعه أو لا، ولذا عتق الآخر بالمساومة في صاحبه، وهذا لأن ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذى تصرف فيه فيقع بيانا لعتق الآخر، وحكما كما إذا مات أحدهما فإنه يعتق الآخر، وليس بيانا من المتكلم لأنه ليس اختياريا، ولأن البيان إنشاء من وجه ولا إنشاء في الآخر بموت قريته لأن الإنشاء صفة اللفظ، بل لزوم من طريق الحكم ذلك بسبب قوات محمية الذى مات لنزول العتق فيه، ولابد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحى وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في العتق المبهم المعلق كأن قال إذا جاء زيد فأحدكما حر، فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بإزالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي. وفرق بين البيان الحكيم والصريح، فإن الحكيم قد رأيت أنه يصح قبل الشرط، بخلاف الصريح، فإنه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لأنه اختيار قبل وقته، كما لو قال أنت حرّ إن دخلت هذه الدار أو هذه ثم عين إحداها للحث لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراها ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤثر بالبيان لأن زوال الملك بعد العيين لا يبطلها. وعن محمد: لو كان العيين قبل الحرية المجهولة يعنى قال لعبدية إن دخلت فأنت حرّ ثم قال له مع آخر أحدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعته عتق الآخر لقوات محمية المحلوف بعته بالعتق فصار كموته ولو كاتب أو رهن أو أجر يكون بيانا، ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بيانا (قوله لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت والعتق من جهته بالبيع) أى ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه لياه (والعتق من كل وجه) أى ولم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحدكما حرّ فإن حاصله تعليق عتق كامل بالبيان، وبالتدبير لم يبق حصه عتقا كاملا لا يستحقاقه العتق عند الموت (فتعين الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى العتق وبالتدبير) قصد (استبقاء الانتفاع) به مدة حياته وأن يعتقه بعد موته (والمقصودان)

(ومن قال لعبدية أحدكما حرّ) كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح، خلا أن قوله لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت. أورد عليه ما لو قال لأمتيه إحدى هاتين ابنتي أو أمى ولدى وماتت إحداها لم تتعين الحرية والاستيلاء

ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا إذا استولد إحداهما المعنيين ، ولا فرق بين البيع الصحيح والفاقد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا ، والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف ، والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تملك ؛

يعني الوصول إلى الثمن والانتفاع المستمر إلى الموت (ينافيان العتق الملتزم بالإيجاب المبهمة فتعين له الآخر دلالة) قوله (وكذا إذا استولد إحداهما) أي إذا وطئ إحداهما فخلعت لأنها صارت أم ولد له فتعينت الأخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلا للعتق من كل وجه كالمدير وقصد إبقائها للانتفاع بها إلى الموت ، وإنما قيدنا الوطء بالمعلق لأن الوطء غير المعلق ليس بيانا عند أبي حنيفة كما سنذكر . واستشكل على تعيين الآخر بموت أحدهما ما لو اشترى أحد العبدتين وسعى ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أجهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيعت الملية لا الحى مع أن بالموت لم تبق عملية البيع كما لم تبق عملية العتق ، والمال قال لأمتيه إحدى هاتين بنى أو أم ولدى ثم ماتت إحداهما لاتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية . وجواب الأول الأول بالفرق بأن عند إشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لأنه تعلم رده كما قبضه فإنه لا يتخلو عن مقدمة تعيب فلما تعين للبيع وهو حى لا ميت ، ولا يتعين العتق بالإشراف على الموت ، فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق . وجواب الثاني بأنه ليس بإيقاعا بصيغته بل إخبار ، ويجوز أن يخبر بهما عن الحى والميت فيرجع إلى بيان المولى . وقوله (لإطلاق جواب الكتاب) يريد الجامع الصغير . وقوله (والمعنى ما قلنا) أي من أنه قصد الوصول إلى الثمن ، والوصول إلى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق (قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تملك) روى عن محمد في الإملاء : إذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر ،

في الحية . وأجيب بأن هذا الكلام ليس بإيقاع بصيغته بل إخبار ، ويجوز أن يخبر بهما عن الميت والحى فيرجع إلى بيان المولى وأما الإنشاء فلا يصح إلا في الحى ، وأما في مسئلتنا فلما تعين أحدهما للحرية إذا مات الآخر لأن البيان قائم بوصفين ، بوصف الإنشاء ، وبوصف الإظهار ، وهذا لأن قوله أحدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ، ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت ، فبالنظر إلى هذا يكون البيان إنشاء . ومن حيث أن العتق لا يعدوها كان البيان إظهارا ، ولهذا يعتبر البيان من جميع المال إن كان في مرض الموت لوجود العتق المبهمة في الصحة ، وإذا كان كذلك فلانما يصحح البيان في محل يثبت الإنشاء والميت لا يثبت الإنشاء فتعين الآخر للعتق بضرورة . وقوله (وكذا إذا استولد إحداهما) يعني إذا وطئ إحداهما فخلعت منه لأنها صارت أم ولده ، فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها ، وإذا اتفق عن إحداهما تعين في الأخرى لزوال المزاخمة . وقوله (للمعنيين) يعني عدم عملية العتق بالإستيلاد من كل وجه وإبقاء الانتفاع إلى موته (ولا فرق بين البيع الصحيح والفاقد مع القبض وبدونه) (البيع المطلق) عن الخيارات (و) البيع بشرط الخيار لأحد المتعاقدين (لإطلاق جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشيء (والمعنى ما قلنا) وهو أنه قصد الوصول إلى الثمن والوصول إليه ينافي العتق فتعين الآخر له (والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن أبي يوسف) روى ابن سماعه عن أبي يوسف : إذا ساوم أحدهما كان بيانا : يعني لتعين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيها سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة . وقوله (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع) قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيداً لأن محمداً رحمه الله ذكر في الإملاء : إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض

قال المصنف : (لإطلاق جواب الكتاب) أقول : مجرد الإطلاق لا يكتفي لأنه يصرف إلى الكمال فالإطلاق إلى ملاحظة المعنى (قوله ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة) أقول : يعني في الأصول (قوله قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيداً لأن محمداً) أقول : يعني إنما ذكره تباه

وكذلك لو قال لامرأته إحدا كما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا ، وكذلك لو وطئ إحداهما لما نبين (ولو قال لأمتيه إحدا كما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا تعتق لأن الوطء لا يجعل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستقبيا الملك في الموطوعة فتعتبت الأخرى لزواله بالعنت كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوعة لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به ،

قالوا : ذكره الإقباض توكيد لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرها أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك ولأن المساومة إذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فقد ألحقت بالصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل في طريق الملك أولى أن يعينه (قوله وكذلك لو قال لامرأته إحدا كما طالق ثم ماتت إحداهما) يعني تطلق الحية (لما قلنا) في العنت من عنت الباقي بموت أحدها لعدم عملية العنت (وكذا لو وطئ إحدى المرأتين تطلق الأخرى لما نبين) في مسألة الأمتين التي تليها (قوله ولو قال لأمتيه إحدا كما حرة ثم جامع إحداهما) ولم تعلق (لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد ، أما لو علقت عتقت الأخرى اتفاقا ، ولو قال إحدا كما مديرة ثم وطئ إحداهما لا يكون بيانا بالإجماع لأن التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العنت (وقالوا تعتق) وبه قال الشافعي ومالك في رواية (لهما أن الوطء لا يجعل إلا في ملك) وإحداهما ليست في الملك لعنت إحداهما بذلك الكلام ، ولذا أو قتلها لإنسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء إحداهما ميئنا للمستقبى للمكها (فتعتبت الأخرى لزواله بذلك العنت كما في الطلاق) المبهم فإنه إذا قال لزوجتي إحدا كما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال طالق بائن أو ثلاثا فوطئ إحداهما طلقت الأخرى اتفاقا ، وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا ، لأنه لو كان رجعيلا لا يكون الوطء بيانا لطلاق الأخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ، ذكره في النوادر وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات ؟ في الزيارات لا يثبت . وقال الكرخي : يحصل بالتقيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعا حتى

عنت الآخر ، ولأن البيع الفاسد يعين الآخر للعنت وإن لم يكن قبض ، فكذلك الهبة والصدقة لأن كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض ، وهذا لأن التعيين إنما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد (وكذلك إذا قال لامرأته إحدا كما طالق ثم ماتت إحداهما لما نبينا) أن الميت لم يبق محلا للعنت فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعبر الأخرى له (وكذا لو وطئ إحداهما لما نبين) في المسئلة التي بعد هذه (ولو قال لأمتيه إحدا كما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة ، وقالوا : تعتق لأن الوطء لا يجعل إلا في الملك وإحداهما حرة) لا ملك فيها فالوطء لا يجعل فيها . فإذا وطئ إحداهما جعل مستقبيا للملك فيها ليقع الوطء حلالا محلا لغيره على الصلاح ، فإذا تعينت تلك للملك تعينت الأخرى لزواله بالعنت (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الملك قائم في الموطوعة) أي في التي توطأ من كل منهما ، وإذا كان الملك قائما كان وطؤها حلالا ، أما أن الملك قائم فلا أن إيقاع العنت إنما هو في المنكرة (وهي) أي الموطوعة غير منكرة بل هي (معينة) فلا يكون الإيقاع فيها ، وإذا لم يكن الإيقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلا ، وأما أن الملك إذا كان قائما كان الوطء حلالا فظاهر لا يحتاج إلى بيان ، وإذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لأن كل واحدة منهما على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤهما على مذهبه) وهذا في غاية الدقة ويلوح منه سبب التحقيق (إلا أنه لا يفتى به) قيل لأن المنكرة التي يثبت فيها العنت لا تخلو عنهما ، ومبنى الحل

لمحد لانه شرط (قال المصنف : لأن الإيقاع في المنكرة) أقول : أي الهبة الدائرة بين كل منهما وهي غير معينة كما لا يخفى (قوله فظاهر لا يحتاج إلى البيان) أقول : فيه بحث ، فإن الملك باق في المكاتب ولا يخل وطؤها وقد مر في النرس السابق أن مطلقا في مبكم المكاتب ، وبالمسئلة

ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة ، بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصل من النكاح الولد ، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد ، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

قال يخل وطؤها ، ولهذا لو وطئنا بشبهة كان الواجب عقربملوكتين ويكون كله للدولى ، وإنما ملك البذل بملك الأصل ، وهذا لأن العتق في المنكرة : أى المبهمة الدائرة بين كل منهما وهى غير المعينة وتنافيا ، لأن المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الأخرى في حق العلم والمبهمة أحد دائر بينهما ووفوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به ، والمعلق بالشرط عدم قبله ، فهو كما لو قال لزوجته إن طلقك فأنت طالق أو لأمته إن دخلت فأنت حرة فإن له وطئهما قبل الشرط لقيام الملك في الحال . فقولهما إحداهما حرة إن أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه ، ولا يفيد لأن الوطء إنما يقع في المعينة فوطئهما لم يقع في محل الحرمة فحل ، فإذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء إحداهما دليلا على تحريم الأخرى بعقدها ، وإنما يلزم إذا كان الحلال وطء إحداهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فإنه لو صبح ما ذكر لزوم حل وطئها لوفوعه في معيته والمطلقة هي المبهمة ، فإذا أجيب عنه بتقييد حلها بما إذا لم تتعين إحداهما للطلاق وبمجرد وطء إحداهما تتعين الأخرى فتحرر بخلافه في العتق عاد أول المشتبهة وهو أنه كما كان الوطء بيانا في الطلاق يجب أن يكون بيانا في العتق لأن الملك في الزوجتين العنتين قائم ، وإنما المطلقة هي المبهمة ، ولا جواب له سوى أن الدال في الأصل : أخى الطلاق المبهم ليس له قصد الاستبقاء فإنه هو الدليل على نفي الأخرى إذا كان الواجب إخراج إحداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد ، فإن طلبه يفيد استبقاء من هو منها كى لا يضيع حاله ، ووطء

والحرمة على الاحتياط ، وهو فاسد لأن فيه تلويحا إلى ترك أى حنيفة الاحتياط ، وأرى أنه لا يفتى به لتلا يتخذ مغزى لأى حنيفة بترك الاحتياط . فإن قيل : العتق إما أن يكون نازلا أولا ، فإن كان غير نازل كان إجمالا للفظ عن مدلوله ، وإن كان نازلا لا يجوز وطؤها . أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثانى (ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به) أى لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول ، فكذا هذا ، وقال على الشق الأول (أو يقال نازل) أى العتق نازل (في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله) كالباع فإن المنكر يقبله بأن يشتري أحد العبدتين على أن المشتري بالخيار فيهما فإنه يصح (والوطء) لا تقبله المنكرة لأنه (يصادف المعينة) إذ هو أمر حسى لا يقع إلا في المعين ، ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا في الأخرى . فإن قيل : فكيف وقع بيانا في الطلاق ؟ أجاب بقوله (بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصل من النكاح الولد ، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) وهذا على طريقة تخصيص العلل ، فلما أن يكون المصنف اختار جوارحه ، أو يحمل على المخلص المعروف في أصول الفقه وقد قررناه في التقرير أوفى تقرير .

فما ذكره عجائز إلى البيان ، ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فانهم (قوله فكذا هذا) أقول : فلا يلزم الإجماع (قال المصنف : لأن المقصود الأصل من النكاح البع) أقول : وهذا هو الجواب أيضا في الوطء المعلق (قال المصنف : فلا يدل حل الاستبقاء) أقول : إلا إذا كان الوطء معلقا .

(ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد) لأن كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أول مرة

المنكوسة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لأنه هو الذي وضع له عقدها لا وطء الأمة لأن عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ، ووطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة ، فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة ، وعلى هذا فيمكن في دليلهما أن يقال وطء إحداهما دليل استبقائها كالوطء في الطلاق المبهم ، وفي وجه قوله منع دلالة ، والفرق بما ذكرنا ، ولا حاجة إلى إثبات الملك فيهما وحل وطئهما . ثم القول بأنه لا يفتي به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يخل وطئهما كما لا يصح بيعهما ، وقد وضع في الأصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز إيجاب أحد أشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها إلا واحدا لأنه لو عرها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعاً ولا يعلم خلاف في ذلك ، وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستأنز قيامه حل الوطء ، وهنا كذلك فإن موجب النافذ وهو عتق إحداهما لا يعدوهما ، ففي وطئهما وطء المحرمة يبقين فلا يخل قطعاً وإن كان الملك قائماً فيهما ، بخلاف أنطه أرش الجناية عليهما لأنه بدل الملك غير مقيد بخل الوطء ، وغرامة قيمة مملوكين كذلك أيضا ، وإنما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما إذا قتلها رجل لصحة إثباته بدون التعيين ، وإنما يتنصف لأن إحداهما حرة يبقين ولا تعرف فتتصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة ، بخلاف ما لو قتلها رجلان فإن على كل منهما قيمة أمة إذ ليست كل منهما حرة في نفس الأمر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الإيجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم ، بخلاف قتل واحد فإن الحرية لاتعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما ، وقولهم وقوع الطلاق فيما معلق بالبيان فبجاز وطئهما غير صحيح ، إذ لا تعليق بل تجيز مأمور في الشرع بتعيين محله ، ولو كان يمتنا عضوا لم يجبر على إيقاع شرطه كسائر الأيمان ، وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شها لا يوجب حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما ، وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما بخل وطء إحداهما .

[فروع] من البيان لو قال لأمتيه إحدا كما حرة ثم قال لم أعن هذه عتقت الأخرى ، ولو قال بعد ذلك لم أعن هذه الأخرى عتقت الأولى فتعتقان ، لأن قوله لم أعن هذه إقرار يعتق الأخرى فقد أقر بعقبتها ، وكذا هذا في الطلاق ، بخلاف ما لو قال لأحد هذين علي ألف فقيل له أهو هذا فقال لا لم يجب للأخر شيء . والفرق أن البيان في الإقرار المبهم ليس واجبا بخلافه في إنشاء الطلاق والعتاق المبهم . ولو قال أمة وعبد من رقيق حران ومات قبل البيان ، فإن كان له أمة وعبدان عتقت الأمة ومن كل عبد نصفه ، وإن كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثه ويسعون في الباقي ، ولو تعددت الإمام فعل هذا القياس إن كانتا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثا عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي ، والله سبحانه وتعالى أعلم . (قوله ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الأم وتسعى في قيمة نصفها) (ونصف الجارية) وتسعى في النصف (والغلام عبد) لأن كل واحدة من الأم والجارية تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أولا

قال (ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة) كلامه على ما ذكره واضح . وقال هبش الأمة .

الأم بشرط والجارية لكونها تبعاً لها ، إذ الأم حرة حين ولدتها ، وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف ، أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً ،

ففتح الأم لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعاً للأم في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط ، فإذا عتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما ، والغلام عید في الحالين لأنه ولد وأمه قنة فلها إنما تعتق بعد ولادتها إياه أولاً لأن ولادته شرط عتقها والمشرط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه . والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة أنه لا يحكم بعنق واحد منهم لأننا لم نتيقن بعنقه واعتبار الأحوال بعد التيقن بالحرية ، ولا يجوز إيقاع العنق بالشك ، فمن هذا حكم الطحاوي بأن محمداً كان أولاً مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع . وفي النهاية عن الميسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعنق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولاً . فإن نكل فنكوله كإقراره ، وإن حلف فكلهم أرقاء ، وأن جواب هذا الفصل إنما هو فيها إذا قال إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة ، وإن كان جارية فهي حرة فولدتها ولا يسرى الأول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم ، ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لأن في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لأنها إن ولدت الجارية أولاً عتقت بالشرط ، وإن ولدت الغلام أولاً عتقت تبعاً للأم . وأما انتصاف عتق الأم فلأنها تعتق في ولادة الغلام أولاً وترق في الجارية ، وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الأم . وصح في النهاية ما في الكيسانيات لأن الشرط الذي لم يتيقن وجوده إذا كان في طرف واحد

السرخصي في الميسوط : وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل ، بل في هذا الفصل لا يحكم بعنق واحد منهم ، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولاً ، فإن نكل عن العين فنكوله كإقراره ، وإن حلف فهم أرقاء . وأما جواب الكتاب في فصل آخر ، وهو ما إذا قال المولى لأخته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة ، وإن كان جارية فهي حرة ، فولدتها جميعاً ولا يسرى أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة ، ويعتق نصف الأم لأنها إن ولدت الغلام أولاً فهي حرة والغلام رقيق ، وإن ولدت الجارية أولاً فالجارية حرة والغلام والأم رقيقان ، فالأم تعتق في حال دون حال ، فيعتق نصفها والغلام عبد يتيقن والجارية حرة يتيقن إما بعنق نفسها وإما بعنق الأم . قال صاحب النهاية : وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذي لم يتيقن بوجوده ، وهو ما إذا كان في طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده بالعين ، كما إذا قال لعبد إن دخلت الدار غلاماً فأنت حرة ففرضي الغد ولم يدر أنه دخل الدار أم لا لا يعتق لأنه وقع الشك في شرط العتق ، فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولاً ، وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الأحوال كما

(قوله في القول قول من ينكر) أقول : فغير فيه راجع إلى الشرط .

(١) (قوله الغلام) هكذا في عدة نسخ ، ومثله في شرح الترمذی وحرر الصواب ؛ لما وقع في بعض النسخ من إبداله بالجارية تحريف من الناسخ ، كما يهاشم نسخة العلامة البريلوي ، كتبه مصححه .

وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع العيين. لإنكاره شرط العتق ، فإن حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً والمسئلة بمحالتها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة ، وصحة النكول تبقي على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية

كان القول قول من أنكر وجوده ، كما إذا قال إن دخلت غدا فأنت حرّ ففضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا للشك في شرط العتق ، فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولاً ، وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرف الوجود والعلم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الأحوال . فإن قلت : المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع ؟ قلنا : هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الأمة أو بنتها لوجود الشرط ، وقد عرف أن الأمة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل ، فعل هذا جاز أن يدعى رجل حسبة إذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله ، وهذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليقه صرح بأن الأم تدعى العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه ، فأفاد أن ذلك في صورة دعوى الأم وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب . واعلم أن ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته بإبطال قول أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب . واستدلالة بأن الشرط الكائن في طرف واحد النخ قد ينظر فيه بأن ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال إذا قال إن فعلت كذا فأنت حرّ ، وذلك من الأمور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق إلا ببينة ، بخلاف قوله إن كنت تحبني النخ ، فيمكن أن تكون الولادة من الأمور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الأحوال فيعتق نصف الأم كما في الجامع (قوله وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع العيين) بالقسم يعلم أن الغلام ولد أولاً (لإنكاره شرط العتق فإن حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية) معاً (لأن دعوى الأم حرية الصغيرة) تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لأنها تقع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الحمله وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقتا (فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً) من الحرية لنفسها (وباقي المسئلة بمحاله) يعني ولدتها فادعت الأم تقدم الغلام ، وأنكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الأم خاصة بنكوله لأن دعوى الأم حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لأن الدعوى عن الغير إنما تصح بولاية أو إناة وهما منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الأم حرية نفسها دعواها حرية البنت . فإن قيل إذا ثبت عتق الأم ينبغي أن تثبت حرية بنتها لأنه لازم له فالإقرار بحريتها إقرار بحرية الأخرى . أجيب بمنع كون عتق الأم بالنكول عتقاً بوجود الشرط لجواز كونه بذلاً للماليتها من المولى ليترك الحلف أو لإقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت ، وبأن النكول جعل لإقرارا على قولهما بطريق الضرورة ، ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ، ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقرّ لك به فلان فداعى المكفول له على فلان مالا فأنكر فحلف فنكل

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكنة بثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا ، والتحليف على العلم فيما ذكرنا لأنه استخلاف على فعل الغير ، وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من

يقضى عليه بالمسا ولا يصير الرجل كفيلا ، ولو كان إقرارا من كل وجه صار كفيلا (قوله ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكنة وبالقى بحاله ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا) في أن دعوى الأم حرية نفسها غير معتبرة في عتق الجارية من عدم صحة الدعوى والتكول يبنى على صحة الدعوى (قوله وبهذا القدر يعرف ماذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية) وهي ما إذا انفقوا على أن ولادة الغلام أولا وانفقوا على أن ولادة الجارية أولا فلا يعتق أحد في الثاني ويعتق كل الأم والجارية في الأول ، وبهما تم الأوجه للمسئلة ستة .

[فرع] في المحيط : لو قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة ، وإن كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الأول عتق نصف الأم ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين ، أما الأم فلا يعتق في حال دون حال وهو روكية ، وفي عامة الروايات يجب أن يعتق لثلاثها لأنها تعتق في حال وترق في حالين بأن كانت ولادة إحدى الجاريتين أولا ، وأما الغلام فإنه يعتق في حال بأن ولدت إحدى الجاريتين أولا ، ويرق في حال بأن ولدت الغلام أولا ، وأما الجاريتان فيعتق من كل ربهما في عامة الروايات لأن إصابة الحرية بجهتين متعذر لأن الشخص إذا عتق تبعا للأم لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه ، ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للأم ، فلا بد من إلغاء إحدى الجهتين فالفينا إصابة العتق من جهة الأم ، واعتبرنا الإصابة بعتق أنفسهما لأنهما أقل وهو المتيقن ، فإن كانت ولادة الغلام أولا لا يعتقان بعتق أنفسهما ، وإن كانت ولادة الجارية أولا تعتق الأخيرة بعتق نفسها فتثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت نصفه بينهما . وقال أبو عصمة : ينبغي أن يعتق من كلا ثلاثة أرباعها لأن الغلام لو كان أولا تعتق الأم فتعتق الجاريتان بعتقها ، ولو كانت إحدى الجاريتين أولا ثم الغلام اعتقت الجارية الأولى والأخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الأئمة

في مسئلة الكيسانيات . وقوله (وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى) قيل هي ستة أوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير : أحدهما أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيها ولد أولا وهو المذكور في الكتاب أولا ، وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الأم والجارية ويستعيان في التصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب . والثاني أن تدعى الأم أن الغلام هو المولود أولا وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا ، وجوابه وجهه مذكوره في الكتاب . والثالث أن تدعى الأم أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيئا وهو المذكور في الكتاب ثالثا ، وجوابه وجهه مذكوره أيضا فيه . والرابع أن تدعى الجارية وهي كبيرة والأم ساكنة أن الغلام ولد أولا وهو المذكور في الكتاب رابعا بجوابه وجهه . والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولا والجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق . والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا ، والجواب أن الأم تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للأم ، والغلام عبدا لأنه قد انفصل عن الأم في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جمعه تابعا لها

الوجوه في كفاية المنهى. قال (وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكون في وصية) استحسانا ذكره في كتاب العتاق (وإن شهد أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق إحداهن) وهذا بالإجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الشهادة في العتق مثل ذلك) وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما تقبل ، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة .

قول أبي عصمة وقال : هو الذي يوافق ما تقدم (قوله وإن شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة إلا أن تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق) أى عتاق الأصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقا في صحته أو مرضه ، لأن التدبير حيث وقع كان وصية ، وعندهما تقبل ويؤمر بتنجز عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد (قوله وأصل هذا) أى أصل هذا الخلاف (أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد) مطلقا لا في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين أن الدعوى عنده ليست شرطا لا في حرية الأصل بل في العارضة فقط (وعندهما تقبل) بلا دعوى (والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وإن أنكرت الأمة العتق لا يلتفت إلى إنكارها وتعتق لأنها متبعة ، وكذا على طلاق إحدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وإن أنكرت ، ويجبر على أن يوقع على إحداهن (قوله والمسألة معروفة) وجه قولهم إن المشهود به وهو العتق حتى الشرع إذ يتعلق به تكميل الحدود وجوب الجمعة والجهاد والزكاة ، ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لا يحتاج إلى قبول ، ولا يرتد إقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الأصل وأقام البينة تقبل ، ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لأن التناقض يبطل صحة الدعوى ، وإنما لا تنكح شهادة الواحد لأنه وإن كان أمرا دينيا يتضمن إزالة ملك العبد وإبطال مالية ماله ، فلذا شرط في الشهادة عليه اثنان . ولأبي حنيفة أن العتق إما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته ، أو هو نفسه ، وكلا

فيه ، ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما . قال (وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه) الشهادة على طلاق إحدى نسائه جائزة بالإجماع ، ويجبر على البيان وعلى إعتاق أحد عبديه ، كذلك عندهما وعند أبي حنيفة هي باطلة إلا أن تكون في وصية استحسانا على ما ذكره (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده ، وعندهما تقبل ، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وإنما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما . وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده ، ويجوز أن يخلف به ويصح إيجابه في المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حتى الشرع . ووجه قوله أن الإعتاق إثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والملوكية وكل ذلك حتى العبد لا محالة ، هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته ، فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى ، وما كان من حقوق الشرع تقبل بلسونها ، وعتق الأمة من حقوقه

(قوله وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول : وكذا الموهوب القصاص وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يجوز على القبول مع أنهما من حقوق العبد (قوله ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته) أقول : وكذا حتى الأمة وتحريم الفرج من الثمرات

الأمرين حق العبد لأنه المنتفع به على الخصوص في الحقيقة. ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصيح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ، ولا يكون ثبوت اللازم إلا بعد المألوم ، وإذا كان المستلزم حقه لا يثبت إلا بدعواه . ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الأمة لأنه يقال حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقه من العتق فوجب أن يشترط دعواها . فإن قيل : الفرق أنها منعمة لرغبته في حصبة مولاهما حتى نقول لو كان العبد أيضا متهما قبلت بلا دعواه ، وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص في طرف حتى لو أنكر العتق لا يلتصق إلى إنكاره . قلنا : نفرض الكلام فيها إذا لم تنكر ولكنها سائلة لعدم علمها بحريتها ، ثم قد يمنع تأخير كون الثابت بالعتق أولا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى ، لأنه إذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولا أو ثانيا ، فإن حوّل التقرير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى ، أما حقه سبحانه فاذا ذكرتم . وأما حق العبد فلا يصير به مالكا لا كسباب نفسه فيتمكن من إقامة مصالحه وتثبيت ولاياته من نفاذ قوله في الشهادة وإنكاح بنته وحصول الميراث له إذا مات قريبه ، فهو بما فيه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى وإن لم يحتاج إلى دعوى بما فيه من حق الله تعالى ، على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا ، ألا يرى أن العفو عن القصاص وإبراء الكفيل من حقوق العباد ولا يترد بالرد ولا يتوقف على القبول ، وكذا التناقص فإن عدم منعه لحقها رق الأصل وحرية كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع في العتق الحقان فلحق الله تعالى . قلنا لا يمنع التناقص في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة ، ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضا . ورد عليه أيضا عتق الأمة فإن الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ، ولا يمنع التناقص لحق الله سبحانه ، وأيضا إذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى لا يلزم ثبوتها لأنه بما فيه من حق الله يعارضه لأن الثابت معه عدم الاحتياج إلى الدعوى وإنهما يتعارضان ، لأنه إذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضى أن لا يثبت . والحق أن المنظور إليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاها ، فترجع ماثبت شرعا لاحتياط في أمره وتوكيده ، وأمر الفروج محتاط فيه ، فالاحتياط أن لا يتوقف إثباته بعد الشهادة على شيء آخر ، بخلاف ما لم يثبت فيه مثله ، فلذا وقع الفرق عنه بين عتق الأمة والطلاق وبين عتق العبد ، لأن حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضى لنفي الدعوى ليس

بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لأن عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاهما ، وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان . فإن قيل : لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خير الواحد حجة في الأمر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق أمة وهي أغتت مولاهما من الرضاة إذا جحدته ، إذ ليس فيها تحريم الفرج لأن تحريمه ثابت بحكم الرضاة قبل شهادتهما بالإعتاق . أجيب عن الأول بأن خير الواحد حجة في الأمر الديني إذا لم تقع الحاجة إلى إلزام المنكر ، وههنا وقعت . وعن الثاني بأن فيه معنى الزنا لأن فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجب له كون بضعها مملوكا للمولى وإن كان هو ممنوعا عن وطنها بالحرمة ، ألا ترى أنه جازله أن يزوجها وبدل بضعها يكون له ، وإذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج ، وإذا ثبت الأصل

وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لم تتحقق في مسألة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة . وعندها ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى . أما في الطلاق فعلم الدعوى لا يوجب خلافاً في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها . ولو شهد أنه أعقق إحدى أمته لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطاً فيها لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق ، والعق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدین .

من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى ، وهما بقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لأنه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتضمن شهادته دعواه ، وأما حق العبد فإن افتقر ثبوته إلى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائباً عنه ، وهذا القدر يحصل به المقصود ، فإن المثبت في الحقيقة ليس إلا الشهادة وإنما يبقى فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة ، وحينئذ يجب الرجوع ويرجع حقه سبحانه وتعالى . ولا يقال : المقرر ترجع حق العبد . لأننا نقول : ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينفى معه الآخر وهما يثبت حق العبد مع حق الله تعالى ، بل إذا أثبتنا حق الله تعالى كان إثباتا لحق العبد سابقاً عليه وإنما فيه أنه يثبت على رغبة . (قوله وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا تتحقق في مسألة الكتاب) أى الجماع الصغير ، وهى ما إذا شهد أنه أعقق أحد عبديه لأنه عتق المجهول (والدعوى من المجهول لا تتحقق) وإنما تتحقق من المعين فتلتنى المطابقة بين الدعوى والبينة ، وعندها ليس شرطاً مطلقاً فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما (قوله ولو شهد أنه أعقق إحدى أمته الخ) جواب عما قد يقال إذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الأمة فينبغى أن تقبل على عتق إحدى أمته ، والواقع أنها لا تقبل عنده . أجاب بأنه إنما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الأمة المعنية لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصاً (فشابه الطلاق) وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى لذلك فكلها هذا (والعق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه) فاتفق المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق

تبيين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله (وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده) إلى آخر المسئلة . وقوله (لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق) قيل عليه إذا ادعى ذلك وجب أن تقبل البينة لأن الدعوى حصلت من معين . وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه ، فدعواهما دعوى غير صاحب الحق ، وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لأن الشهادة على أحد العبدین لا على العبدین . قوله (ولو شهد أنه أعقق إحدى أمته) كصورة نقض على قول أبي حنيفة لأن الدعوى ليست بشرط في حق الأمة ولم تسمع البينة ههنا . وجه دفعه ما ذكره بقوله (لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق ، والعق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه) يعنى قوله له أن الملك قائم في الموطوعة إلى قوله ولهذا حل وطوعهما ، ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زناً . واعتراض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه ، وذلك أيضاً حق الله فوجب أن تستغنى الشهادة فيه عن الدعوى . والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلاً عن أن تكون من الكبائر فالنسوية بينهما خطأ .

(قوله لأن الشهادة على أحد العبدین لأجل العبدین) أقول : يمكن أن تكون الدعوى أيضاً كذلك (قوله والجواب أن لازم عتقها الخ) أقول : فيه أن الكبيرة هو الزنا ، وليس ذلك لازم للعتق في عياله تاسع .

وهذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعنت أحد عبيده ، أما إذا شهدا أنه أعنت أحد عبيده في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لأن التدبير حينما وقع وقع وصية ، وكذا العتق في مرض الموت وصية ، والخصم في الوصية إنما هو الموصى وهو معلوم . وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث ، ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيها فصار كل واحد منهما خصما متعينا .

أحد العبدین . فإن قيل : لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الأمة المحوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي ، لأن الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الأولين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها . فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعقدها نوع آخر من التحريم ، فإن وطء الأخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه ، والطلاق الرجعي يعتقد به سبب حرمة فرجها فالتبت تحريما مؤجلا باقتضاء العدة ، وأما الأمة المحوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده ، وما قيل إن وطأها مملوك له وإنما منع منه خبثها كالحائض فيالشهادة بمنع ذلك الوطء فيه ما فيه (قوله) وهذا كله إذا شهدا بعنت أحد العبدین في صحته ، أما إذا شهد أنه أعنت أحد عبيده في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه (لتكون شهادتهما بعنت هو وصية وهو المستقنى في أول المسئلة ، وقدمنا

وقوله (أما إذا شهدا أنه أعنت أحد عبيده في مرض موته) بيان قوله إلا أن تكون في وصية استحسانا . وقوله (لأن التدبير حينما وقع وقع وصية) يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض . وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف : أحدهما أن التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية (والخصم في الوصية إنما هو الموصى) لأن تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا (وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث) فتقبل الشهادة والثاني أن العتق يشيع بالموت فيهما لأنه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان فكان إيجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما (فصار كل واحد منهما خصما متعينا) ولم يذكر وجه القياس ، وهو أن المقضى له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم

(قال المصنف : وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل البخ) أقول : قال ابن الهمام : والمريض قد أسمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات ، وعلى هذا يجب أن يؤخر اقتضاء هذه الشهادة إلى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج إلى إعادتها أو يعشى فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم للمضى له . وإنما قد بما قد به يتعين المصنف في حياته فانهم (قال المصنف : لأن التدبير حينما وقع وقع وصية) أقول : قال صدر الشريعة : الدليل الأول مشكل لأن المتنازع فيه ما إذا أنكر المولى تدبير أحد عبيده ، أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث واليهان يريدان إثباته فكيف يقال إن المصلى هو المولى أو نائبه . والدليل الثاني يوجب أن الشهادة بعنت أحد عبيده بغير وصية إن أثبت بعد الموت تقبل لشروع العتق بالموت له . ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وإن كان منكرا صورة إلا أنه زل مدعى متى لأن نفع العتق يعود إليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث فقول الوارث أو الوصى مدعى العتق علما عن الميت فتقبل الشهادة ، وبأن في هذه المسألة روايتين نظرا إلى جهتين جهة الشروع وجهة أنه ليس بوصية فباحبار أنه ليس بوصية لا تقبل الشهادة وباعتبار الشروع تقبل لشروع العتق فيهما ، فكان كل منهما خصما متعينا فكانت دعواهما حصية وهي تقتضى قبول الشهادة ، هذا مالم لا في ذلك للقيام . وقال ابن الهمام : ولا ينبغي أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البيعة إلا على منكر فرضه بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعل هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو نائبه : يعني الوصى إن كان الورثة منكرين ، أو الورثة إن كان الوصى منكرا ، فقبل فيشكل مالم كان كل من الوارث والوصى منكرا ، إذ لا تقبل البيعة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفا ولا غلص إلا باختيار جعل الميت مدعى تقديرا له .

ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدهما حرّ فقد قيل لا تقبل لأنه ليس بوصية . وقيل تقبل للشيوخ هو الصحيح والله أعلم .

أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة ، وسواء كانت شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحسانا لأن عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى ، وإذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصى لأن تنفيذ الوصية من حقوق الموصى فهو الخصم المدعى فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصى أو الوارث ، بخلاف حالة الحياة فإن الخصم في إثبات العتق ليس هو السيد لإنكاره بل هو العبد وهو مجهول . ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الموصى كان كلا من العبدین وهما معینان ، وفي حالة الحياة لاتصبع خصوصيتهما لأنه لم يعتق منهما شيء والمتق المجهول . بخلاف ما إذا مات المولى قبل البيان فإن العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ماعرف فيمن أغتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما . ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البيئة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعل هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو وارثه : يعنى الوصى إن كان الورثة منكرين أو الورثة إن كان الوصى منكرًا فقبل فيشكل ، الو كان كل من الوصى والوارث منكرًا إذ لا تبطل البيئة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا ، وأيضا قوله وأدبا الشهادة في مرض موته الخ فيدل أنها تقبل في حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لأن المدعى العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعنى المجهول . والحاصل أن إزالته مدعيا لا يكون إلا بعد موته ، وأما قبل موته فهو منكر ، ولهذا احتيج إلى الشهادة ، وردت لعدم المدعى ولا مخلص إلا بتقييده بما إذا كان المريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات ، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج إلى إعادتها ، أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعى (قوله ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدهما حرّ) لا رواية فيه عن أى حنيفة . واختلف المشايخ في تفريعها على قوله (وقيل لا تقبل لأنه ليس بوصية) لإسنادهما العتق المنجز إلى حالة الصحة ، فلم يكن الميت مدعيا تقديرا (وقيل تقبل) لأن العتق شاع بعد الموت فيصبح دعواهما كما ذكرنا ، وصح فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير قبولها . قال : لجواز أن يكون الحكم معلولا بعلمين فيتمدى بإحداهما ، وتبعه صاحب الكافي وقال هو الأصح . ولقائل أن يقول : شيوع العتق الذى هو مبنى صحة كون العبدین مدعين يتوقف على ثبوت قوله أحدهما حرّ ولا مثبت له إلا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة ، فلو أثبتت الشهادة بصحة خصوصيتهما وهى متوقفة على ثبوت العتق فيهما شالما لزم الدور ، وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثانى من وجهى الاستحسان في المسئلة التى قبل هذه .

(ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدهما حرّ) قال الإمام فخر الإسلام : لأنص فيه ، واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لا تقبل لأنه ليس بوصية) حتى يكون الخصم هو الموصى وهو معلوم ، وقال بعضهم : تقبل لشيوع العتق فيهما ، فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضى قبول الشهادة ، والله أعلم .

[فروع] شهدا أنه حرّ رأمة بعينها وسماها فنيها اسمها لاشبل لآنها لم يشهدا بما تحمله وهو عتق معلومة بل مجهولة ، وكذا الشهادة على طلاق إحدى زوجتيه وسماها فنيها . وعند زفر تقبل ويحبر على البيان ويجب أن يكون قولها كقول زفر في هذه لأنها كشهادتهما على عتق إحدى أمته وطلاق إحدى زوجتيه ، ولو شهد أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لأنه كان معينا لها أوجه ، وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم : كما أن القاضي يقضى بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد ، بخلاف ما لو شهدوا ببيع ، ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يصحده لم يعنى واحد منهما في قول أبي حنيفة لأنه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ، ولا تتحقق هنا من المشهود له لأنه غير معين منهما فصارت كمشكلة الكتاب الخلافية .

[وهذا فصل في الشهادة على العتق] إذا ادعى العبد العتق وأقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى ، وفي الأمة إذا قالت شاهدي الآخر حاضر يحال ، ولو أقام العبد شاهدين إن كان المولى حقوقا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في أمر الشهود لأن الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما فقد ثبتت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما إذا أقام شاهدا واحدا شهدا بعتق عبده واختلفا في الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لأن العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف الشهود به اختلاف الشهادة فيما ذكرنا ، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أعتقه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لأن الحجة تحللك والإعتاق لإحداث القوة أو إزالة الملك ، كذا في المتوسط ، فيحمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما إذا كان مودى اللفظين واحدا وضعا . ولا ينفى أن التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من أن العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضى أنهما إذا اختلفا في أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل ، ولو اختلفا في الشرط الذي علق به العتق فأحدهما جعله كلام زيد والآخر الدخول مثلا لم يميز ، إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين ، ولو اتفقا على أنه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فأبهما فعل فهو حرّ لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى . ولو شهد أحدهما أنه أعتقه يجعل والآخر بغير جعل لم تجز لأن العتق يجعل بخلاف العتق بغير جعل في الأحكام ، وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالين أو أكثرهما ، ولو كان المولى يدعى أقل المالين والعبد ينكر عتق لإقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لإكذابه أحد شاهديه وهو الذي يشهد له بالأكثر ، وإن ادعى العتق بألف درهم وخمسائة وأحدهما يشهد بألف والآخر بألف وخمسمائة قضى عليه بألف لأن الشهادة لا تقوم هنا على العتق لأن العبد عتق بإقرار المولى وإنما تقوم على المال ، ومن ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له شاهد بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضى بألف لانفاقهما على الألف لفظا ومعنى ، بخلاف الألف والألفين كما سيأتى في الشهادات إن شاء الله تعالى . ولو شهد أنه أعتقه إن كلم زيدا والآخر إن دخل بأبهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ، ولو تعارضت بيننا العبد والمولى في مقدار ما أعتقه رجعت بينة المولى لإبائها الزيادة ، بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال إن أدبت إلى ألفا فانت حرّ وأنه

(باب الحلف بالعتق)

أدّاهما وأقام المولى أنه إنما قال إذا أدّيت إلى ألفين الغ فالعبد حرّ لا شيء عليه لأنه أثبت بيئته تنجز الحرية فيه . ولو أقام العبد بيئته أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البيئتين بينة المولى لأن العتق تنجز بالقبول فكان لإثبات الزيادة في بيئته المولى . قال في الأصل : ولو باعه نفسه بألف فأدّاهما من مال المولى كان حرا وللمولى أن يرجع عليه بمثلها . قال في المبسوط : العتق هنا حصل بالقبول لا بأداء المال ، وإنما يتحقق هذا الفصل فيها إذا علقه بالأداء لأن نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وإن كان المؤدى مسروقا أو مضموريا من المولى ثم ردّ هذا المال على المولى وإن كان مستحقا عليه فيقع عن الوجه المستحق في الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله . وإذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لأنهما لا يصدقان في إبطال الحكم ولا في إبطال حق العبد ، ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلغا من ماليته على المولى إذ قد اعترفا بالرجوع أنهما أتلغا ماليته على المولى بغير حق . ولو ضمنا ثم قامت بيئته غيرهم بأن المولى كان أعتقه إن شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لأنهم شهدوا بما هو لغو وعق بقبضاء القاضى والعتق لا يعتق . وإن شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عنه أي حثيفة ، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا ، وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى ثبتت بشهادة الفريق الثانى حرية العبد من الوقت الذى شهدوا به وإن لم يكن ثمة مدع لذلك ، ويتبين به أن الفريق الأول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم ، وأنه أخذ منهم بغير حق ، وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثانى ، فإن العبد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعى العتق ، والله أعلم .

(باب الحلف بالعتق)

الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي ، وله مصدر آخر : أحنى حلفا بالإسكان ، يقال حلف حلفا وحلفا ، وتدخله الفاء للمرة كقول الفرزدق :

على حلفه لا أشتم الذعر مسلما ولا خارج من في زور كلام

وقال امرؤ القيس :

حلفت لها بالله حلفه فاجسر لنا مواثنا من حديث ولا صال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ، ولما كان المعلق قاصرا في السببية عن المنجز قدمه عليه . ولما جرى المصنف على أن يولى التصرف الذى يصح تعليقه الحلف به كما فعل في الطلاق ولا يضم الكل إلى كتاب الأيمان ليكون أمضيا لأحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه ولا تفرق أحكامه في الأبواب أولى العتق الحلف به .

(باب الحلف بالعتق)

(باب الحلف بالعتق)

(ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حرّ وليس له مملوك فاشترى مملوكا لم يدخل عتق) لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت ، إلا أنه أسقط الفعل وعوضه بالتين فكان المعبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا . قال (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق)

واعلم أن بعض من لا يميز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازاه في العتق . روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع متشوف إلى العتق دون الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما (قوله ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حرّ ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) أى ذلك المملوك الذى اشتراه ، ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك إلا أن يكون إضافة إلى الملك قرره ليرده إليه بقوله لأن التين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف إليها لفظ إذ تقديره إذ دخلت ولفظ يوم ظرف للملك فكان التقدير كل من لا يكون في ملكى يوم الدخول حرّ وهذا في الحقيقة إضافة عتق المملوك يوم الدخول إلى يوم الدخول ، والمملوك لا يكون إلا بملك فصارع كأنه قال إن ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر ، وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان إضافة العتق إلى الملك الموجود عند الدخول معنى ، بخلاف قوله لعبد غيره إن دخلت فأنت حرّ فاشتراه فدخل لا يمتنع لأنه لم يصف العتق إلى ملكه لا صريحا ولا معنى . وعدول المصنف إلى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراده به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لأنه أضيف إلى فعل لا يمتد وهو الدخول وإن كان في اللفظ إنما أضيف إلى لفظ إذ المضافة للدخول لكن معنى إذ غير ملائمة وإلا كان المراد يوم وقت الدخول . وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذى فيه الدخول تقديدا لليوم به ، لكن إذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ، ونحن نعلم مثله كثيرا في الاستعمال الفصيح كنحو - ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله - ولا يلاحظ فيه شيء من ذلك فإنه لا يلاحظ في هذه الآية وقت وقت يفلون يفرح المؤمنون ، ولا يوم وقت يفلون يفرحون ، وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ إذ لم يذكر إلا تكثيرا للعوض عن الجملة المملوكة أو عمادا له : أعنى التين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ، ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الألفاظ لا يخفى على من نه نظر فيها ، وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا . وفي بعض النسخ لما بينا : أى من أن المعبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم (قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ) بل قال إذا دخلت

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية أخر التعليق عن النتيجة . قوله (ومن قال إذا دخلت الدار) ظاهر . واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتر به بعد الجين وإن قال يومئذ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ولا إلى سببه فكان كذا لو قال لعبد الغير إن دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار فإنه لا يعتق لذلك . أجيب بأنه وجدت الإضافة إلى الملك دلالة لأن قوله كل مملوك لى يومئذ بمعناه إن ملكت مملوكا وقت دخولي الدار فهو حرّ ، بخلاف تلك المسئلة لأنه لم توجد الإضافة فيها لا صريحا ولا دلالة . وقوله (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعبر قيام الملك وقت الدخول .

(قوله واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه) أقول : الاعتراض والجواب لطج البربرية

لأن قوله "كل مملوك لى للحال" والجزاء حرية المملوك فى الحال ، إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود فيحق إذا بقى على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد العيين (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر" وله جارية حامل فولدت ذكر لم يعق) وهذا إذا ولدت لسته أشهر فصاعدا ظاهر ، لأن اللفظ للحال ، وفى قيام الحمل وقت العيين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده . وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق ، والجنين مملوك تبعا للأُم لا مقصودا . ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا .

فكل مملوك لى حر" لا يعنى ما اشتراه بعد التكلم ، بل الذى كان فى ملكه وقت التكلم . وجهه المصنف بقوله لأن قوله كل مملوك لى يختص بالحال والجزاء حرية المملوك فى الحال يتعلق فى الحال بملوك : أى المملوك فى الحال حرته هى الجزاء ، فلما دخل الشرط عليه تأخرت إلى وجود الشرط فيحق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم . ووجه كون كل مملوك لى حالا أن المختار فى الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه ، واللام للاختصاص : أى الاختصاص من جرت معنى متعلقها إليه : به : أى بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى أثر ملكه فلزم قيام ملكه فى الحال ضرورة اتصافه بأثرها فى الحال وإلا ثبت الأثر بلا مؤثر . هذا ويعنى بقول القائل كل مملوك لى حر" العبيد ولو مرقونين أو ماذونين أو مؤجرين والإماء ولو كن نواهل أو أمهات أولاد والمديرون وأولادهم ، ولا يدخل المكاتب خلافا لفرق لأنه مملوك من وجه إذ هو حر" يدا ، ولو نوى الذكور فقط لم يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر فى عرف الاستعمال ، ويصدق ديانة مع أن طائفة من الأصوليين على أن جمع الذكور يعم النساحقيقة وضما ولا يدخل المملوك المشترك ، ولا الجنين إلا أن يعنهم ولا عبيد عبد التاجر ، وهو قول أبى يوسف إلا أن ينوسهم ، وسواء كان على العبد التاجر دين أو لا ، وفى قول محمد يعقون نواهل أولا عليه دين أولا . وعلى قول أبى حنيفة إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهل وإلا فلا ، وإن كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهل . ولو قال عتيت ما يستقبل عتق ما كان فى ملكه وما سيملكه إذا ملكه لأنه قصد تغيير ما يملك عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته فى إبطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل ، ولا يحق أن التعليل يرشد إلى أن عتق ما هو فى ملكه مع هذه النية إنما هو فى القضاء . وفى الأخيرة : قال بمالكي كلهم أحزاب ونوى الرجال دون النساء لم يذكره ، وقالوا لا يصدق ديانة ، بخلاف قوله كل مملوك لى ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى . فإن قلت : ما الفرق وفى الوجهين تخصيص العام ؟ فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مالكي لأنه جمع مضاف فيعم وهو يرض احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز ، بخلاف كل مملوك لى فإن الثابت به أصل العموم فقط قبل التخصيص (قوله ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر" وله جارية حامل فولدت ذكر لم يعق) سواء ولدت لسته أشهر من وقت القول أو أقل ، أما إذا ولدت لسته أشهر

وعقوله (لأن قوله كل مملوك لى للحال) قيل لأن اللام للاختصاص ، والاختصاص إنما يكون بمملوك له فى الحال إذ لو لم يكن المملك له فى الحال كان هو وغيره سواء . وقوله (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر) ظاهر ، ومعناه

(قوله كل مملوك لى يوصل ، إلى قوله فهو حر) أقول : قالوا المجتهد إذا تضمن معنى الشرط يدخل فى غيره إلا أنه يحرك كل رجل يأنفقه فله درهم فهما كلهم فاعلم (قوله لى لأن اللام للاختصاص) أقول : صاحب التل تاج الترمذى ، وفى كلامه تأملا

قال العبد الضعيف : وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لى تدخل الحمل فيدخل الحمل تبعاً لها (وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد ، أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال ، وكذا يستعمل له من غير قرينة وللإستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافاً إلى ما بعد الغاء فلا يتناول ما يشترطه بعد أربعين

فلأن اللفظ : أى لفظ كل مملوك لى للحال على ما بينا من وجهه ، وفى قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده ، فجاز أن لا يكون قائماً عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ، ولم يقل لا يعتق بالشك لأنه لا شك لأن الظاهر أن مدة الحمل لا تكون إلا أكثر من ستة أشهر ، وأما إذا ولدته لأكل من ستة أشهر فلأن الثبوت لوجوده حال التكلم وإن كان قائماً ، لكن لفظ المملوك المطلق إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال ، والحمل مملوك تبعاً لأبيه كعضو من أعضائها حتى ينقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ، ولهذا لا يملك بيعة منفرداً بل تبعاً للحامل . والدليل على أنه لم يعتبر فى الشرع نفساً مملوكة أنه لا يجوز عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره . قال المصنف رحمه الله : وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الأثني فتدخل الحمل فيعتق حملها تبعاً ، وهذا بناء على أن لفظة مملوك إنما لذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وإن كان التأنيث جزء المفهوم مملوكة فيكون مملوك أهم من مملوكة فالتأنيث فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث وإما أن الاستعمال استمر فيه على الأهمية فوجب اعتباره كذلك (قوله وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد) يعنى أن بعد غد ظرف لحر لا لأملكه (أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك واحد) فى الصورتين (فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى كان فى ملكه يوم حلف) دون المشتري ولفظ بعد غد بالرفع لأنه فاعل لجاء لا ظرف . وجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال ،

أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر فى الكتاب . وقوله (وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لى تدخل الحمل) فيدخل الحمل تبعاً بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والإناث حتى المذبرين وأمهات الأولاد ، حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء (وإن قال كل مملوك لى أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لا الذى اشتراه بعده ، وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فإن أملكه للحال ، وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لأنه المقصود ، وقوله لأن قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خيراً ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهى أنه مشترك بين الحال والمستقبل ، وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية . وقال بعض الشارحين لانسلم المخالفة لأن كونه للحال حقيقة لا يدل على أن كونه للإستقبال ليس بحقيقة لأن المشترك فى كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليها على سنبل البدل ويرجع أحدهما بالبدل إذا وجد وقد وجد هنا دليل على وادة الخال لأن الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعلوم . وأقول : قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة بآى قوله هذا الشارح لأن

(ولو قال كل مملوك أملاكه ، أو قال كل مملوك لى حرّ بعد موتى وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذى كان عند وقت البيع مدبر والآخر ليس بمدبر ، وإن مات عتقا من الثلث) وقال أبو يوسف رحمه الله فى النوادر : يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد بيعته ، وعلى هذا إذا قال كل مملوك لى إذا مات فهو حرّ . له أن اللفظ حقيقة للحال على ما يبيّن فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر .

وكذا لفظ أملاك للحال حقيقة ، يقال أنا أملاك كلنا فيتبادر منه الحال ، والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة ، وفى الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كإسناده إلى متوقع واقتضائه طلبا على ما عرف فى النحو ، وهذا أحد المذاهب لأهل العربية . وقيل بقلبه وعليه مشى فى المحيط حيث قال أملاك وإن كان حقيقة فى الاستقبال إلا أنه صار للحال شرعا كما فى الشهادة . وعرفا يقال أملاك كلنا حرهما فكان كالحقيقة فى الحال . والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال ، وهو الذى أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا أن مذهب النخاعة ليس إلا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيويو . وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف أنه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لأن المشترك حقيقة فى المعنيين اهـ . فترك النظر إلى قول المصنف ، ولذا يستعمل له بغير قرينة وفى الاستقبال بقرينة ، وهذا صريح فى أنه فى الاستقبال مجاز . لأنه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النخاعة بل المذاهب ثلاثة ، وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كاتى على الفارمى وغيره ، واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لا يراد الاستقبال إلا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال ، وأما اختيار عكسه كما فى المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبى حنيفة فكان ينبغى أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور ، وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة : أى المعينة لأحد المفهومين الحقيقيين ، بخلاف نحو أسافر وأتزوج فإنه محفوف بقرينة الاستقبال وهى المشاهدة ، وإذا ثبت أنه يراد به الحال على اختلاف الترخيص كان الجزاء حرية عبد مملوك فى الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال (قوله ولو قال كل مملوك أملاكه أو كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذى كان عنده مدبر) مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول ، والذى اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ، ولو لم يبعه حتى مات عتقا بجميعا من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما ، وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه ، وهذا ظاهر المذهب عن النكّل . وعن أبى يوسف فى النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد بيعته . وإنما يعتق

المشترك لا يستعمل فى أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة وليس التحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب إلى أنه حقيقة فى الاستقبال مجاز فى الحال ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم إليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتره بعد البيع (ولو قال كل مملوك أملاكه أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر فالذى كان عنده مدبر) مطلق (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وإن مات عتقا من الثلث) مشتركين فيه (وقال أبو يوسف فى النوادر : يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد بيعته) لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بينا وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مرادا . على أصلنا

ولهذا أن هذا لإيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة؛ ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيد به الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها .

ما كان في ملكه يوم حلف ، وكلذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر ، ولهذا لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال ، وكلذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ، ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر ، وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب المسئلة ، فأوجب المروى عن أبي يوسف . وأيضا لو لم يرد به الحال فقط ، فلما أن يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم إما تعميم المشترك أو استعماله في حقيقة ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لأنه حينئذ في المعنى : كل مملوك لي أو سأملكه مدبر ، وكلذا إذا أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم الخبز كما ذهب إليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا بمن كان مملوكا له حال التكلم أو ملكه إلى غدا ، خلافا لأبي يوسف فإن على قوله لا يتناول إلا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبرا مطلقا على قول محمد ، كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو متنتف ، أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه إلى سنة أو شهر أو إلى أن أموت أو أبدا لزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو متنتف فبطلت الأقسام فثبت الأول وهو أن يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا . وعرف من هذا أن صورة التراكيب ثلاثة أقسام : ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه ، وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك أملكه إلى سنة ونحوه ، وما فيه خلافا وهو نحو كل مملوك أملكه غدا ، ففي قول محمد رحمه الله يعتق في الغد من كان في ملكه ، والمستحدث خلافا لأبي يوسف وقول محمد أقيس بمسئلته يؤمنه بقايل تأمل (قوله ولهذا أن هذا) أي مجموع التراكيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح (لإيجاب عتق وإيصاء) لأن حاصل التدبير لإيجاب للعتق مضافا إلى ما بعد الموت ، وهذا هو الإيصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الإيجاب والإيصاء اللذين هما معنى التدبير ، ومقتضى لإيجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف إلى الموت فكان تدبرا مطلقا فلا يجوز بيعه ، ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة : أي

(ولهذا أن هذا لإيجاب عتق وإيصاء) أما إنه لإيجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر ، وأما إنه لإيصاء فبقوله بعد موتي ، ولهذا اعتبر من الثلث ، وإذا كان كذلك (ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة أي المربصة) والحالة الراهنة أي الحاضرة ، سميت بالراهنة لأن الرهن هو الحبس والرهن محبوس فيها لا فيها قبلها ولا فيها بعدها ، كذلك في الشروح ، ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيد به الوصية وفي الوصية لأولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ، ومن يولد بعدها إذا عاش إلى وقت موت الموصي . والإيجاب إنما يصبح مضافا إلى الملك أو إلى سيده ، فهذا الكلام من حيث أنه لإيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الإيجاب مضافا إلى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ، ومن حيث أنه لإيصاء يتناول الذي يشتره اعتبارا للحالة المربصة

والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه ، فمن حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً حتى لا يجوز بيعه ، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذي يشترطه اعتباراً للحالة المترتبة وهي حالة الموت ، وقبل الموت حالة التملك استقبلاً محض فلا يدخل تحت اللفظ ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لى أو كل مملوك أملكه فهو حر ، بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا . ولا يقال : إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال . لأننا نقول : نعم . لكن

الخاسبة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة أيضاً للاتفاق ، على أنه لو أوصى بثلاث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ، ولو أوصى لولد فلان ولا ولده فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به ، وإنما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلاً لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال عند الموت كل عبد حر فيعتق ، أدخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح . بخلاف قوله كل عبد أملكه غدا فهو حر ليس فيه لإجتهاد واحدة هي جهة الإيجاب ، فلا يدخل إلا الحاصل في الحال . ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنيين : أعنى لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف . وأجاب بأن المتنوع بالجمع بسبب واحد لا بسببين . وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضى في الأصول ، وإلا لم يمتنع الجمع مطلقاً ولم ينتحق خلاف فيه لأن الجمع

وهي حالة الموت ويصير مدبراً بعده ولا يصير مدبراً قبله كالذي كان في ملكه لأنه لم يتناوله الكلام . حالة التملك لا من حيث الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه ، ولا من حيث الإيصاء لأنه يكون عند الموت ، فكان حال التملك استقبلاً لا محضاً لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبراً حال التملك ، وإنما هو عند الموت إذا كان موجوداً في ملكه يصير كأنه قال كل مملوك لى أو أملكه فهو حر لنحوه حيث تحت الحال المترتبة فيصير مدبراً لكون العتق في المرض وصية ، بخلاف قوله بكل مملوك أملكه أو لى حر بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء ، والحالة محض استقبال لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه فافترقا ، وعلى هذا قوله (والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك) معطوف على قوله وفي الوصايا معنى لا أن يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب إليه بعض الشارحين . قال . وهو أن يقال ينبغي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلاً في الحال ولا في المال ، لأن التناول إنما يكون مضافاً إلى الملك أو إلى سببه ، وليس أحدهما في حقه موجود . فأجاب بأن تناوله باعتبار الإيصاء لا الإيجاب الحالى . وقوله (ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال) إشارة إلى جواب أبي يوسف ، ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية الألفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام ، لأن الحقيقة والحاز من صفات اللفظ ، وفيه نظر لأنه يستلزم التناقض بين طرفي كلام واحد إن كان المراد إيجاب عتق في الحال أو كونه إيصاء فقط إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت ، ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية الوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت ، وأما ما بينهما فلا يصير المستحدث مدبراً حتى يموت لعله كان أصل تأتيا

(قوله ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين) أقول : المراد هو الجمع بينهما في لفظ أملكه أو مملوك لى فيجوز تخطين على ما هو مذهب البراءين (قوله فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت) أقول : في الكلام في مجموعهما تحته لأن أملكه الحال وكذلك مملوك لى فإن قوله

بسيين مختلفين لإيجاب عتق ووصية ، وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد .

قط لا يكون إلا باعتبارين وبالنظر إلى شيئين ، ولو أمكن أن يقال إن لفظه أوجب تقدير لفظ إذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله كل عبد لي حرّ فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبرّ للأشخاص ، وهذا الموجب لا يحتاج إلى تقديم تقديره عند ملك العبد ، وإلا كان مدبراً مطلقاً ، وإنما يحتاج إليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لأنها لم تتناول إلا الحال ولا المقدرة لتأخير تقديرها إلى ما قبل الموت فلا يكون مدبراً لا مطلقاً ولا مقيداً كان دافعاً للإشكال .

[فروع من تعليق العتق] قال لعبد إن يعتقك فأنت حرّ فباعه لم يعتق لأن نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق ، إلا أن يكون البيع فاسداً فيعتق لأن الملك فيه بعد البيع باق لا يزول إلا بتسليمه ، إلا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحيث يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق ، كذا في الميسوط . وحقيقة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لأحدهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله . ولو قال لعبد إن دخلت فأنت حرّ فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لأن العين انحلت بالدخول الأول في غير الملك إذ ليس يلزم من انحلال العين نزول الجزاء ، ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافاً للشافعي لعدم بطلان العين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق . ولو قال إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرّ فباعه فدخل إحداها ثم اشتراه فدخل الأخرى عتق لأن الشرط إذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبيننا مثله في الطلاق . ولو دخل إحداها قبل البيع والأخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما ، وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط ، فلو قال إذا دخلت فأنت حرّ إذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لأن شرط العتق ليس إلا الكلام ، غير أنه علق العين المنقذة من شرط الكلام وجزأه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط العين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حرّ إذا كلمت فلانا لأن المعلق كالمنجز عند وجود الشرط والعين لا يعتد في غير ملكه فكلامه غير موقع . ولو قال إن دخلت فأنت حرّ بعد موتى فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لأنه علق التدبير بدخول البار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائماً ، والتدبير لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إليه ، وإذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته . ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق إلا نصفه لأنه إنما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسببه . وعندهما يعتق كله فلا يسعى ، ولو كان باع النصف الأول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لأن المعلق النصف المتباع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه . ولو جمع بين عبده وبين مالا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو جمار وقال أحدكم حرّ أو قال هذا أو هذا عتق عبده عند أبي حنيفة وإن لم يتوه ، وقالوا : لا يعتق إلا أن ينويه ، ومثله وأصله من في الطلاق . وروى ابن مبيعة عن محمد أنه إذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال أحدكم حرّ عتق عبده لأن كلامه لإيجاب الحرية للجزم ، ولو قال هذا حرّ

وأصل من الاعتراض ، والله أعلم .

يسئل الملك المسعفة بأن يراه بالتقليد الجميع في الملك منه الموت . قلنا فيعتد بكون كل منهما مدبراً مطلقاً على ما سرجوا وهو متصف .

أو هذا لم يعتق عبده لأن هذا اللفظ ليس بإيجاب لما كقولُه هذا حرّ أولاً . وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال إن دخلت دار فلان فأنت حرّ فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته ، بخلاف ما لو قال إن كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لأن فلاناً في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق إلا شاهد واحد على الشرط ، ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما ، فإن جحد الأب جازت شهادتهما لأنهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وإن دعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة ، وعند محمد جائزة لأنه لا منفعة للمشهد به لأبيهما فمحمد يعتبر بالمنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر بمجرد الدعوى والإنكار لأن شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح ، والله أعلم .

انتهى الجزء الرابع من فتح القدير

ويليه :

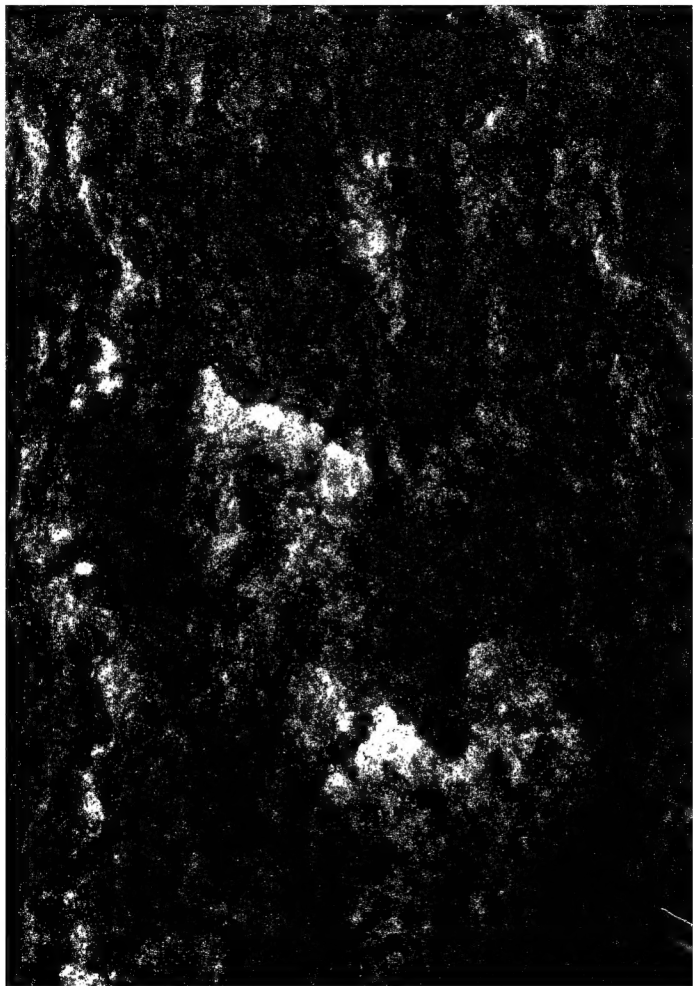
الجزء الخامس ، وأوله : باب العتق على جعل

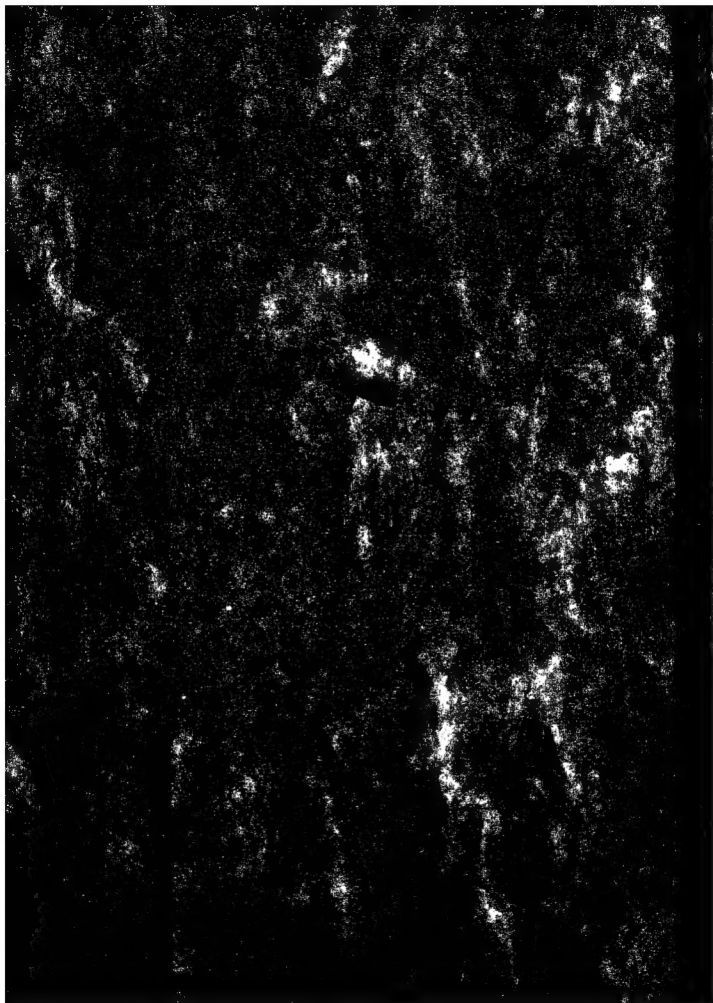
فهرس

الجزء الرابع

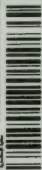
من شرح فتح القدير ، للإمام ابن المهام الحنفى

صفحة	صفحة
باب إيقاع الطلاق ٣	٢٩٧ باب العنين وغيره
٢٥ فصل فى إضافة الطلاق إلى الزمان	٣٠٦ باب العدة
٣٨ فصل ومن قال لامراته أنا منك طالق النخ	٣٣٦ فصل وعلى المبتونة والمتوفى عنها زوجها النخ
٤٧ فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه	٣٤٨ باب ثبوت النسب
٥٤ فصل فى الطلاق قبل الدخول	٣٦٧ باب الولد من أحق به
٧٦ باب تفويض الطلاق	٣٧٥ فصل وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها النخ
فصل فى الإختيار	٣٧٨ باب النفقة
٨٧ فصل فى الأمر باليد	٣٩٧ فصل وعلى الزوج أن يسكنها النخ
٩٦ فصل فى المشيئة	٤٠٣ فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة
١١٤ باب الإيمان فى الطلاق	٤١٠ فصل ونفقة الأولاد الصغار النخ
١٣٥ فصل فى الاستثناء	٤١٤ فصل وعلى الرجل أن يتفق على أبويه النخ
١٤٤ باب طلاق المريض	٤٢٦ فصل وعلى المولى أن يتفق على عبده وأمه
١٥٨ باب الرجعة	٤٢٩ كتاب العتاق
١٧٦ فصل فيما تحمل به المطلقة	٤٤٧ فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه حتى عليه
١٨٨ باب الإيلاء	٤٥٧ باب العبد يعتق بمضيه
٢١٠ باب الخلع	٤٩٠ باب حتى أحد العبدین
٢٤٥ باب الظهار	٥١١ فصل فى الشهادة على العتق
٢٥٧ فصل فى الكفارة	٥١٢ باب الخلف بالعتق
٢٧٩ باب اللعان	





Bibliotheca Alexandrina



0597235